بحوث مقارنة

في الفقه الإسلامي وأصوله

١

بسم الله الرحمن الرحيم

انتشار بألوان الطيف

الطبعة الثانية

١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

ISBN:9953-32-359-3

مؤسسة الرسالة ناشرون



دمشق - سورية

ص.ب : 30597

بيروت - لبنان
هاتف : ٥٤٦٧٢٠ - ٥٤٦٧٢١
فاكس : ٥٤٦٧٢٢ ١ (٩٦١)
ص.ب : ١١٧٤٦٠

Resalah Publishers

Tel: 546720 - 546721
Fax: (961) 1 546722
P.O.Box: 117460
Beirut - Lebanon

E-mail: resalah@resalah.com
Web site: Http://www.resalah.com

بحوث مقارنة

في الفقه الإسلامي وأصوله

تأليف

الدكتور فتحي الدريني

الطبعة الجديدة

مؤسسة الرسالة


بسم الله الرحمن الرحيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

مقدمة الطبعة الجديدة

الحمد لله رب العالمين، الذي أنزل كتابه المبين على رسوله الصادق الأمين، فشرح به صدور عباده المتقين، ونَوَّر به بصائر أوليائه العارفين، فاستنبطوا منه الأحكام، وميزوا به الحلال من الحرام، وبينوا الشرائع للعالمين، والصلاة والسلام على القائل: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»[1] وعلى آله الطيبين الطاهرين، وأصحابه وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فقد مرّ الفقه الإسلاميُّ بمراحل نشأ فيها وتطوَّر، فكثرت مسائله، وتشعبت فروعه، ودُوِّنت فيه الكتب العديدة التي هي نتائج لجهود علماء السلف، الذين استقصوْا كلَّ صغيرة وكبيرة في ميدان الفقه، ولم يتركوا زيادة لمستزيد.

ومدوناتهم هذه ـ رغم مرور قرون على تأليفها ـ ما تزال وستبقى مرجع المسلم في تفاصيل أحكام الشريعة الإسلامية، لكن الخوض فيها ـ وعلى أهميته ـ ليس بالأمر اليسير؛ وقد سلك الفقهاء في دراسة الفقه سُبلاً كان منها الدراسة المقارنة، وقد كان هذا المنهج مُتَّبعاً لدى الجامعات ومراكز العلم في عصرنا الحاضر، حيث اعتمد في ذلك الدراسة المقارنة للفقه الإسلامي، والغاية من ذلك الانتفاع بالثمرات المبتكرة للفكر الإنساني في الاجتهاد في التحليل والتعليل والتفريع والتأصيل؛ لذا كانت البحوث المقارنة مصدر إثراء للفقه الإسلامي، وذلك من ناحيتين:

الأولى: بما تستلزمه هذه الدراسة من استقصاء وتعمق وشمول، وما قد تنتجه من اجتهادات مبتكرة.

---

(١) أخرجه البخاري: ٧١، ومسلم: ٢٣٨٩، وأحمد: ١٦٨٤٩، من حديث معاوية بن أبي سفيان.

الثانية: بما تتيح للباحث من الوقوف على وجوه التطبيق العلمي للأصول النظرية، وكيفية تصرف المجتهد بتلك الأصول في مواجهة الوقائع المشخصة بظروفها الملابسة المتغايرة.

وإن هذا الكتاب قد بحث عدة قضايا فقهية وأصولية أيضاً بدراسة مقارنة سلك مصنِّفه فيه ـ كعادته في كتبه النافعة ـ أسلوبَ التأصيل العلميِّ والتفصيل في ذكر المسائل، وذلك بذكر الأدلة وأقوال العلماء واختلافاتهم مع ذكر الراجح من المرجوح من تلك الأقوال، كلٌّ بدليله وقواعده، ضمن منهج مُرَتَّب قويٍّ العرض دقيق النظر، مع التحقيق السليم والأسلوب السهل.

وقد أحبت المؤسسة أن تقدِّم هذا الكتاب إلى القراء في شكلٍ ومضمون جيِّدين بإذن الله، ساعيةً إلى هدفٍ هامٍّ وهو إيصال الكتاب المفيد الهادف إلى القارئ الذي يطلبه ويحتاجه، في دقة وإتقان ومنهجية، لذلك قامت إتماماً لفائدة هذا الكتاب بتخريج أحاديثه سالكةً في ذلك المنهج التالي:

١ ـ إذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما، اكتفينا بالتخريج منهما، مضافاً إليهما «مسند الإمام أحمد» [ط. الرسالة]، وإنما أضفناه لمن أراد الاستزادة والتوسع في التخريج.

٢ ـ إذا لم يكن الحديث في الصحيحين أو أحدهما، أخرجناه من السنن الأربعة مضافاً إليها «مسند الإمام أحمد» لنستفيد حكم الحديث من الطبعة المشار إليها، فإن لم يكن الحديث في «المسند» فنستفيد حكمه من «صحيح ابن حبان» [ط. الرسالة] إن وُجد فيه.

٣ ـ فإن لم يكن الحديث موجوداً في الكتب الستة و«المسند»، قمنا بتخريجه من بقية كتب السنة.

هذا، ونسأل الله العون والتيسير، والحفظ من الخطأ والزلل، وأن يجعل عملنا هذا خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به واضعه وقارئه وكل من كانت له يدٌ في إخراجه، والحمد لله رب العالمين.

ترجمة موجزة للمؤلِّف

هو الأستاذ الدكتور: محمد فتحي الدريني، فلسطيني الأصل، ساكن بدمشق.

أحد أعلام علماء هذا العصر، المغمور لدى العامة، المعروف قدره لدى الخاصة، لُقِّب بشاطبيِّ العصر؛ لإحيائه الاجتهاد المقاصدي والتنويه بجمالية الفقه الإسلامي، ومزيته على القانون الوضعي.

له من المؤهلات العلمية:

١ ـ دكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله ـ درجة الامتياز بمرتبة الشرف الأولى من كلية القانون والشريعة ـ جامعة الأزهر ١٩٦٥.

٢ ـ دبلوم العلوم السياسية ـ دارسات عليا ـ قسم الدكتوراه ـ كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة (سنتان دراسة عليا متخصصة) ١٩٥٤.

٣ ـ دبلوم في العلوم القانونية (سنتان دراسة عليا متخصصة) من معهد البحوث والدراسات القانونية التابع لجامعة الدول العربية ـ القاهرة ١٩٦٣.

٤ ـ العالمية مع إجازة في تخصص القضاء الشرعي ـ كلية القانون والشريعة ـ جامعة الأزهر (سنتان دراسة عليا متخصصة في الأحوال الشخصية) ١٩٥١.

٥ ـ العالمية مع الإجازة في التدريس ـ من كلية اللغة العربية ـ جامعة الأزهر (سنتان دراسة عليا متخصصة في التربية وعلم النفس) ١٩٥٢.

٦ ـ دبلوم في التربية وعلم النفس (سنتان دراسة عليا متخصصة) من كلية التربية ـ جامعة عين شمس ـ ١٩٥٢ القاهرة.

٧ ـ ليسانس في الآداب (قسم اللغة العربية) ـ بتفوق ـ من كلية الآداب ـ جامعة القاهرة ١٩٥٠.

٨ ـ ليسانس في الشريعة ـ كلية القانون والشريعة ـ جامعة الأزهر ١٩٤٧.

وقد درَّس لعقود طويلة في مصر والجزائر ودمشق لمدة طويلة، ثم آخر مستقره في الجامعة الأردنية.

من آثاره:

١ ـ المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.

٢ ـ أصول التشريع الإسلامي، طبع جامعة دمشق، ١٩٧٦. (مقرر على الصف الرابع من كلية الحقوق).

٣ ـ أصول المعاملات في الفقه الإسلامي، طبع كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مؤسسة الأمالي، ١٩٧٢.

٤ ـ نظام الإسلام، طبع جامعة دمشق، ١٩٦٧، مؤسسة الأمالي.

٥ ـ أصول الفقه الإسلامي، طبع مؤسسة الأمالي في جامعة دمشق، ١٩٧٢. (مقرر الصف الثاني من كلية الشريعة).

٦ ـ أصول الفقه الإسلامي، طبع مؤسسة الأمالي، جامعة دمشق، ١٩٦٧. (مقرر الصف الثالث من كلية الشريعة).

٧ ـ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، طبع جامعة دمشق، ١٩٦٧ (رسالة دكتوراه نالت درجة الامتياز بدرجة الشرف الأولى).

٨ ـ بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.

٩ ـ خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.

١٠ ـ بحوث ودراسات في الفكر الإسلامي المعاصر، ثلاثة أجزاء، طبع دار قتيبة، بيروت، ١٩٨٨.

١١ ـ نظرية التعسف في استعمال الحق، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.

١٢ ـ الفقه المقارن مع المذاهب، طبع جامعة دمشق ١٩٨٠.

١٣ ـ النظريات الفقهية العامة، طبع جامعة دمشق، ١٩٨١.

١٤ ـ خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.

١٥ ـ حق الابتكار في الفقه الإسلامي، طبع مؤسسة الرسالة ـ ١٩٧٩.

من البحوث المقارنة للمؤلف

أُلقيت في الدراسات العليا في الجامعات العربية والمؤتمرات الدولية:

١ ـ مبادئ الحكم الإسلامي ـ (بحث مقارن بالفقه الوضعي) أُلقي محاضرات في كلية الآداب ـ جامعة الجزائر، ١٩٧١ ـ ١٩٧٤، وفي قسم الدراسات العليا ـ قسم القانون العام ـ في كلية الحقوق ـ جامعة دمشق، ١٩٧٩ ـ ١٩٨٠.

٢ ـ أثر نظرية التعسف في التقنين المدني الجزائري الجديد مقارناً بالقوانين المدنية في البلاد العربية ـ (بحث أُلقي محاضرات في كلية الحقوق والعلوم السياسية ـ قسم الدراسات العليا ـ في جامعة الجزائر، ١٩٨٠ و١٩٨١).

٣ ـ بحث «الحضارة الإنسانية في الإسلام» مقدم إلى المؤتمر الإسلامي المنعقد في الخرطوم ـ ١٩٦٨ ـ طبع جامعة أم درمان الإسلامية ـ بمناسبة مرور أربعة عشر قرناً على نزول القرآن الكريم.

٤ ـ مقومات الحضارة الإسلامية ـ (بحوث ألقيت محاضرات في كلية الآداب) جامعة الجزائر، ١٩٧١ ـ ١٩٧٤.

٥ ـ التكافل الاجتماعي في الإسلام ـ (بحث مقدَّم إلى أسبوع الفقه الإسلامي المنعقد في القاهرة ـ ١٩٦٧ ـ طبع المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالقاهرة).

٦ ـ نظرية العقد في الفقه الإسلامي ـ (بحث مقارن) أُلقي محاضرات في الدراسات العليا في كلية العلوم الاجتماعية في جامعة أم درمان الإسلامية، في جمهورية السودان، ١٩٨٠.

٧ ـ التشريع السياسي الإسلامي وعناصر العلاقة التي أقامها بينه وبين فطرة التكوين الإنساني ـ (بحث ألقي في المؤتمر العالمي للحضارة العربية والإسلامية المنعقد في جامعة دمشق، تحت رعاية وزارة التعليم العالي، في ٢٥ نيسان (إبريل) ١٩٨١).

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كلمة المؤلف

يتجه البحث العلمي الجاد في الجامعات، بخاصة، ومراكز العلم في العالم المتحضر من حولنا، بعامة، ولاسيما في العلوم النظرية ـ ومنها التشريع الذي يعتبر بحق أعظم سمة من سمات الحضارة[1] ـ إلى الدراسة المقارنة، انتفاعاً بالثمرات المبتكرة للفكر الإنساني في الاجتهاد في التحليل، والتعليل، والتفريع، والتأصيل، متأثراً بالتقدم العلمي والحضاري في جميع نواحي الثقافة والفكر.

والحق، أن للفقه المقارن مفهوماً عالمياً تُعقد من أجله المؤتمرات الدولية[2] بين الآونة والأخرى في عصرنا هذا، قِوام البحث فيه، النظريات العامة، والأصول الكبرى، باعتبارها مباني العدل وموّجهاته في كل تشريع.

غير أن البحث المقارن في المسائل والفروع ـ على الرغم من فوائده الجمّة ـ لا يرتقي ـ فيما نرى ـ إلى هذا المستوى، إذ لا يُتوخّى منه تحديد معالم الحق ومباني العدل في التشريع كلِّه.

فالجدوى من المقارنة التي تُثري الفكر الإنساني، إنما تُجْتنى من تلك التي تُعقد بين النظريات العامة لمفهوم الحق بوجه عام مثلاً، أو بين الأصول الكبرى التي تعكس لنا مباني العدل في التشريع.

وهذا هو مدار الصراع بين التشريعات بل بين السياسات في العالم كلِّه في عصرنا الحاضر، لمّا تتباين هذه التشريعات فيه تبايناً شاسعاً.

---

(١) بالنظر لكونه سبباً رئيساً من أسباب تقدمها وارتقائها وازدهارها، أو سبباً من أسباب تأخرها، وشيوع الفوضى والظلم فيها.

(٢) على نحو ما عقد في لاهاي سنة ١٩٣٦، وباريس سنة ١٩٥٠.

وفي يقيني، أن ما ينطوي على التشريع الإسلامي من خصائص ومميزات، وأصول ومعايير للحق، ومقاصد تشريعية عامة مرسومة تتجّه إليها أحكامهُ جملةً، أصولاً وفروعاً، لا يُتاح لها الظهور على وجه علمي محرَّر، وعلى الصعيد العالمي، إلّا بهذا النوع من البحث الجاد المتعمق والمقارن بما عند أعظم الأمم حضارةً من تشريعات، مما يقيم الدليل العلمي البيِّن على سماوية هذا التشريع الخالد.

وهذا ـ فيما نرى ـ أنجع سبيل لأداء الرسالة، والدعوة إلى تشريع الله، بالعلم والحكمة.

نعم! طبيعة البحث المقارن في الفروع تقتضي ردَّ كلِّ فرع إلى دليله وأصله، وذلك عند التعليل، والتوجيه والمناقشة، ثم الموازنة والترجيح، لكن ذلك يقصد تبعاً لا أصالة، وفي حدود هذه المسائل المقرّرة، أو المعروضة.

على أن الضرورة قائمةٌ للبحث في الفقه الإسلامي بجميع اتِّجاهاته بحثاً مقارناً.

ومما يؤكِّد هذه الضرورة، أن الشريعة الإسلامية ـ كتاباً وسُنّة ـ نصوصٌ مقدسةٌ، لا يسعُ اتجاهاً معيناً من الاجتهاد في فهمها وفقهها، أن يجلِّي كلَّ ما انطوت عليه من حقائق، ومعانٍ، وأحكام، أو أن يزعم لنفسه أن مُجْتَهدَه فيها هو الذي يمثل هذه الشريعة الغرّاء، أو أن ما أتى به هو الحق، كل الحق، لا يعدوه، فما رأينا إماماً من أئمة المذاهب الكبرى في الفقه الإسلامي يدعي لنفسه ذلك، بل رأينا منهم ما ينقضه، من مثل صنيع الإمام مالك رضي الله عنه إذ عرض عليه أحدُ خلفاء الدولة العباسية اعتبار كتابه «الموطأ» مرجعاً وحيداً للعمل به في أقطارها، فرفض ذلك، اعترافاً منه بأن «الحق» قد يكون مع غيره، لأن هذا مجرّد اجتهاد.

بل كل مجتهدو الصحابة من قبلهم رضي الله عنهم أجمعين لا يزيد أحدُهم على أن يقول ـ وهو بصدد إبداء رأيه الاجتهادي في مسألة معروضة عليه ـ «إن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأً فمن نفسي أو من الشيطان».

وأيضاً، التشريع الإسلامي، إلهي المصدر، فكان ـ لذلك ـ خالداً، ومعيناً ثرَّاً لا ينضب، يغترف منه كل مجتهد ما يسعه اغترافه منه، تبعاً لمدى قوة ما أوتي من ملكة،

وما تزوّد به من ثقافة يحدِّدها مستوى عصره، وبيئته، وما يتراءى له باجتهاده أنه الحق في كل مسألة تعرض بظروفها وملابساتها.

ولا جرم أنَّ العقول والملكات متباينة، فما ينجم عنها من ثمرات الاجتهاد متباين بالضرورة، ومن ثمَّ لا تتحدَّد الشريعة الإسلامية بمجتهدات عصر معين، أو مذهب فقهي واحد، أو ثقافة محدودة في بيئة ما، لأنها أبعدُ غوْراً، وأوسع مدى، من حيث مبادؤها الكبرى، وأصولها العامة، ومقاصدها التشريعية، إذ هي تنزيل من حكيم حميد، ودين الله إلى يوم القيامة، يؤكد هذا قوله ﷺ: «**رُبَّ حاملِ فِقْه، إلى مَنْ هو أفقهُ منه**»(١).

من هنا، كانت دراسة جميع الاتجاهات، دراسةً مقارنةً واجبةً.

على أن الاجتزاء بمذهب اجتهادي معيّن يتنافى وطبيعة الاجتهاد نفسه، من حيث إنه تصرفٌ عقليٌّ في مقرَّرات الوحي، وكل اتجاه من الاتجاهات الفقهية يمثل وجهة نظر معينة في هذه المقرَّرات فهماً أو تطبيقاً، ولكنه لا يمثل فقه الشريعة كاملة من حيث هي.

ولا مِراء أن الاجتهاد بالرأي، تفهُّماً واستنباطاً أو تطبيقاً، يحتمل الخطأ والصواب، بل الشرع الحنيف هو الذي قرَّر هذه المقولة على لسان رسوله الأمين ﷺ بما يدلُّ دلالةً بيِّنةً على عجز الطاقة البشرية عن النفاذ إلى تبيُّن ما هو «الحق» عند الله تعالى، إذ يقول: «**من أصاب فله أجران، ومن أخطأ فله أجر**»(٢).

إذن من نافلة القول أن نقرر أن الخطأ محتملُ الوقوع في الاجتهاد، ولاسيما في المسائل التي لم يرِدُ فيها نصٌّ، ومن هنا اتفق الأصوليون والفقهاء على أن لغلبة الظنِّ في المعاملات، حكمُ اليقين، إذ لا تكليف بالمحال.

فاتّضح بجلاء أن الاجتزاء بمذهب فقهي معيَّن في فهم الشريعة فهماً كاملاً

---

(١) أخرجه أبو داود: ٣٦٦٠، والترمذي: ٢٦٥٦، وابن ماجه: ٢٣٠، وأحمد: ٢١٥٩٠، من حديث زيد بن ثابت، وإسناده صحيح.

(٢) أخرجه بنحوه البخاري: ٧٣٥٢، ومسلم: ٤٤٨٧، وأحمد: ١٧٧٧٤، من حديث عمرو بن العاص.

متعمقاً، لا يتفق وما تقضي به طبيعة الاجتهاد نفسه، لأن احتمال الخطأ في التزام اتجاه معين في البحث، آكدُ من احتماله في البحث المقارن.

وذلك لأن قوام المقارنة نظر علمي شاملٌ مسْتقصٍ، من شأنه أن يدني من الحق والعدل على نحوٍ لا يقوى عليه الاجتزاء في حكم المسألة بما يقضي به اتجاه فقهي واحد غالباً، بالبداهة.

وآية ذلك، أن الاجتهاد نفسه هو وسيلة هذا التفقُّه، وسبب وجوده، والاجتهاد بطبيعته يحتمل الخطأ، فثمرتُه هو الفقه كذلك، كما أشرنا، بل الاجتهاد بالرأي هو صلْبُ التفقُّه في التشريع، وبدهي أن الوسيلة إذا كانت مظنونة، فالثمرة لا تكون يقينية، لأن الظنَّ لا يُنتج اليقين.

وتأسيساً على هذا، فإن تجلية وجه الحق بحثاً وتمحيصاً، لا يمكن أن يتمَّ إلّا عن طريق البحث المقارن.

على أن الباحث في الفقه المقارن، بما يتصدّى لمجتهدات الأئمة من الفقهاء، وطرائق استدلالهم، وتكييفهم للوقائع، قد ينقدح في ذهنه رأي جديد نتيجة لهذا الجهد العلمي المستقصي، وهو ضرب من الاجتهاد الخاص لا المطلق.

لذا، كانت البحوث المقارنة مصدر إثراء للفقه الإسلامي نفسه من ناحيتين:

أولاهما: بما تستلزمه هذه الدراسة المقارنة من استقصاء وتعمُّق، وشمول، وما قد تنتجه من اجتهادات مبتكرة، فكانت هذه الدراسة ـ لذلك ـ مجالاً للاجتهاد الخاص المتعلِّق بالمسألة موضوع البحث، ومن شأنها أن تعين عليه.

الثانية: بما تتيح للباحث من الوقوف على وجوه التطبيق العلمي للأصول النظرية، وكيفية تصرف المجتهد بتلك الأصول في مواجهة الوقائع المشخصة بظروفها الملابسة المتغايرة ـ كما يقول الإمام المحقق الشاطبي ـ وتكييفه لهذه الوقائع في ظلِّها، وهذا من شأنه أن يمكِّن الباحث من استخلاص «الخطط التشريعية» التي سلكها المجتهدون إبّان استثمارهم عملاً لتلك الأصول النظرية، مما يقتضي أحياناً استثناء تلك الوقائع الماثلة، من العمومات أو الإطلاقات التي تتناولها بحكمها في الأصل، لتطبَّق عليها

أحكام دلائل تكليفية أخرى من التشريع نفسه، نشأت عن تلك الظروف والأحوال، إذ ما تحققت مناطاتها الخاصة فيها، بما يقتضيه العدل والإنصاف في كل منها على استقلال.

ولهذا، لا يتصوَّر انقطاعُ الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي أبد الدهر[١]، لصِلَتهِ الوثْقى بمعاني العدل والإنصاف في الفروع، كلٍّ وظروفه، على استقلال، كما أشرنا.

ـ فإذا انقطع الاجتهاد، فَقد العدل ما به يعرف، وما به يتحقَّق.

ـ وهذا مجال خصبٌ للاجتهاد، والاختلاف، في تبين وجه الحق، فكيف يتأتى هذا مع الاقتصار في البحث على مذهب معيَّن!

لا سبيل للوقوف على ثمرات هذا الاجتهاد على نحو شامل مُسْتَقْصٍ، لتبين وجه الحق والعدل، على نحو أكمل، إلّا بالبحث المقارن.

ويتَّضح من ذلك أيضاً، واقعية التشريع الإسلامي، لما قدَّمنا، من أن المجتهد لا يقتصر إبّان الاجتهاد استنباطاً أو تطبيقاً على الأصول النظرية الذهنية المجرَّدة، بل ينزل بها من أُفقها التجريدي المحض إلى عالم الوقائع المشخصة بظروفها وأحوالها[١]، ويبحث ويمحِّص ذلك كلَّه، ثم يطبِّق على كل حالة ما يناسبها مما يقتضيه العدل والإنصاف، والمصلحة المعتبرة شرعاً، كما أسلفنا.

ويتفاوت في ذلك المجتهدون، فلا بدَّ من الوقوف على اتجاهاتهم جميعاً، لتمحيص الحق، وتبين وجه العدل.

وأساس التشريع كلِّه ـ كما يقول الإمام ابن رشد ـ المصلحة والعدل[٢]. وهما المقصد الكلِّي للتشريع الإسلامي.

هذا، ومن خلال طرائق المجتهدين في معالجة الوقائع بظروفها، كُلًّا على حدة، تبدو للباحث في الفقه المقارن القدرة العجيبة التي يملكها التشريع الإسلامي على مواجهة كل الظروف، مهما تغايرت، واختلفت فيها البيئات عبر العصور.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) «بداية المجتهد»: (٢/ ١٥٤).

ولا يُدني من الوقوف على هذا الجانب الحيوي[1] العملي للأصول النظرية في التشريع الإسلامي، على نحوٍ أدق وأشمل، إلّا البحث المقارن.

وصدقُ قضيةِ خلود الشريعة، وصلاحيتها لكل زمن ومكان، قد ثبتت بما هو واقع فعلاً من اجتهادات الأئمة عبر العصور، وفي مختلف البيئات والسلالات، وهذا التراث الفقهي الإسلامي كلّه ـ وهو لا يُدانيه أيُّ تراثٍ فقهي في العالم بأسره، غزارة وسعة ـ أكبر شاهد على ذلك.

فلا ينبغي الاجتزاء ببعضه دون بعض، تَخَفُّفاً أو تحيُّزاً.

ونحن إذ ننهض بهذه البحوث المقارنة، محاولةً منّا لأداء رسالة الله في الأرض وتثقيف أجيالنا الخالفة، إنما نبتغي بذلك مرضاة الله تعالى، وما أعدّه بفضل منه سبحانه، على العلم النافع، من المثوبة والأجر المستمر الذي لا تقطعه واقعة الموت.

والله ولي التوفيق

دمشق الجديدة ـ ١٢ شعبان ١٣٩٩هـ

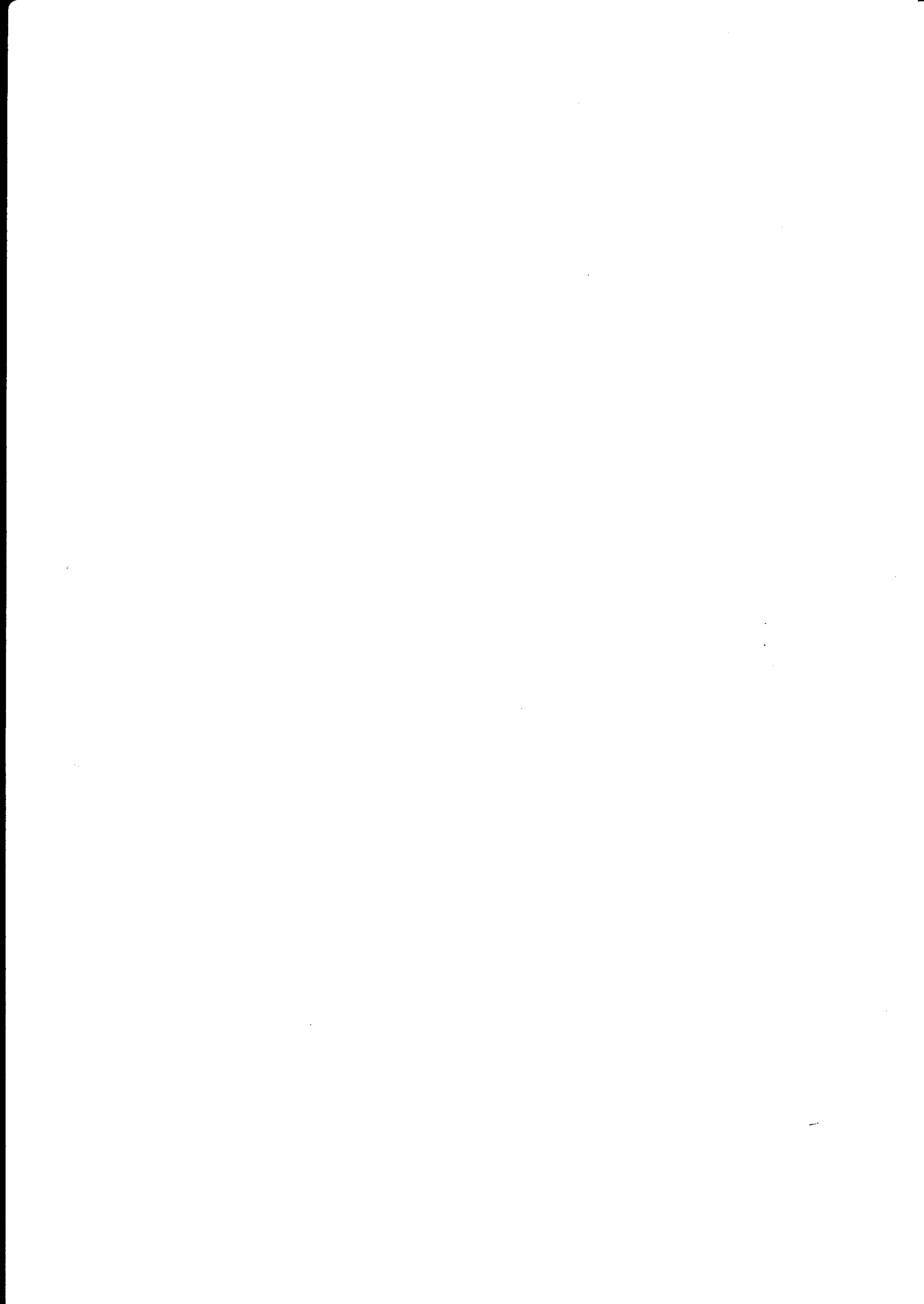
الموافق ٧ تموز ١٩٧٩م

الدكتور محمد فتحي الدريني



(١) سيأتي بحث الفائدة من الفقه المقارن وغايته.

مباحث الكتاب



المقدمة

الفقه المقارن

نتناول في هذه المقدمة البحوث التالية:

١ ـ التعريف بالفقه المقارن.

٢ ـ الغاية من دراسته.

أ ـ الفقه لغة:

الفقه هو الفهم مطلقاً، وقيل هو الفهم العميق الذي يقتضي بذلاً للجهد العقلي، والأول هو الصحيح[١]. قال تعالى: ﴿مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ﴾ [هود: ٩١] أي ما نفهم كثيراً مما تقول، ظاهراً كان الكلام أم خفياً. قال تعالى: ﴿انظُرْ كَيْفَ نُصَرِّفُ الْآيَاتِ لَعَلَّهُمْ يَفْقَهُونَ﴾ [الأنعام: ٦٥].

وأيّاً ما كان، فقد استعمل اللفظ في المعنيين كليهما، غير أن المعنى اللغوي لكلمة «الفقه» الخاص بالفهم العميق، هو الذي يتفق ومعنى الفقه واصطلاحاً، فيما نحن بصدد البحث فيه.

ب ـ الفقه اصطلاحاً:

لم تكن كلمة «الفقه» يُراد بها في العصر الأول، المعنى الاصطلاحي المحدد الذي عرفه الأئمة الأربعة، من «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من الأدلة التفصيلية»[٢].

---

(١) «المصباح المنير» الفاء مع القاف، «مختار الصحاح»، «القاموس المحيط».

(٢) وهذا التعريف «للفقه» هو المأثور عن الشافعية. أمّا الحنفية، فقد أُثر عن الإمام أبي حنيفة تعريف له، =

ذلك، لأن هذا المعنى إنما نشأ بعد تمايز العلوم(١).

فالمراد بكلمة «الفقه» في ذلك العصر «العلم بأحكام الدين» جملةً، كالعلم بالعقائد ـ ويسمِّيه الإمام أبو حنيفة «الفقه الأكبر» ـ والعلم بالوجدانيات، والعبادات، والمعاملات بجميع فروعها. ومن ذلك قوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [التوبة: ١٢٢].

والفقه في الدين، إنما هو العلم بالشريعة كلِّها، لا الأحكام الشرعية التفصيلية العملية خاصة.

على أن الإمام الغزالي، في كتابه: «إحياء علوم الدين» يرى أن كلمة الفقه، إنما كانت تطلق في العصر الأول على علم طريق الآخرة، مستدلاً على ذلك بقوله تعالى: ﴿لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ﴾ [التوبة: ١٢٢].

والإنذار ـ وهو التخويف ـ إنما يكون في علم يتعلّق بأمور الآخرة، لا بالدنيا. وبقوله تعالى: ﴿لَهُمْ قُلُوبٌ لَّا يَفْقَهُونَ بِهَا﴾ [الأعراف: ١٧٩] على معنى أن تلك القلوب لا تفقه معاني الإيمان بالله تعالى، وما يتصل بذاته سبحانه، وصفات الكمال.

فالإمام الغزالي رضي الله عنه يرى أن الفقه، **الأصل فيه العلم بأمور الآخرة**، وأما الفقه المتعلق بالمعاملات، وشؤون الحياة الدنيا، فيشمله الفقه تبعاً لا أصالة(٢).

= هو: «معرفة النفس ما لها وما عليها»، «التوضيح»: (١/ ١٠)، صدر الشريعة. ولما كان هذا التعريف ليس خاصاً بالأحكام الشرعية التفصيلية العملية، بل يشمل ـ إلى ذلك ـ ما يتعلّق بالعقائد والوجدانيات من الأحكام، أضاف الأصوليون كلمة «عملاً» على تعريف أبي حنيفة السابق، ليخرج ما ليس بحكم شرعي عملي، غير أن تعريف الشافعية أوضح بياناً وأدق تحديداً.

(١) «الإسلام عقيدة وشريعة» ص٣٤١ وما يليها، للشيخ محمود شلتوت.

(٢) لكن يتّجه على ذلك أن كثيراً من الأحكام التي تتعلق بأمور الدنيا، كالمعاملات، قد ورد التهديد الشديد على مخالفة أمر الله فيها، مما يستوجب الإنذار والحذر أيضاً، من مثل أكل أموال اليتامى ظلماً، في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠]. ومن مثل التعامل بالربا، في قوله تعالى: ﴿فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [البقرة: ٢٧٩]. حتى قيل إن الله تعالى لم يهدد على شيء في القرآن الكريم كله بمثل ما هدَّد به على التعامل بالربا، ومن مثل الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة، في قوله ﷺ: «**إنما يُجَرْجِر في بطنهِ نارَ** =

فالفقه، على هذا المعنى هو: **الاجتهاد**، لأنه استنباط الأحكام الشرعية من دلائلها التفصيلية الخاصة بها، نصاً أو دلالةً، ولا يتمكّن من ذلك إلّا **المجتهد**.

أما المقلِّد، أو حافظ الفروع، فلا يعتبر فقيهاً على هذا المعنى.

فالفقه هو الاجتهاد على ضوء قواعد استدلالية، ومناهج أصولية، وهو ما استقرَّ له من مفهوم عند علماء الأصول.

ج ـ الفقه في إطلاق الفقهاء استعمالاً:

يطلق الفقه في عرف الفقهاء على معنيين:

١ ـ حفظ الفروع مطلقاً أو طائفة منها.

٢ـ الأحكام الشرعية نفسها، قطعية كانت أم ظنية.

د ـ موضوع علم الفقه:

هو أفعال الإنسان وتصرفاته من حيث وصفها بالأحكام الشرعية، من الوجوب، والندب، والإباحة، والكراهة، والحرمة، والصحة، والفساد، والبطلان[1].

هـ ـ الشريعة والفقه:

الشريعة: هي ما أنزل الله تعالى على نبيه ﷺ وحياً، من كتاب أو سنة، فهي النصوص المقدّسة التي تضمّنها الكتاب العزيز، والسنة الثابتة المطهرة.

أما **الفقه**: فهو الفهم العميق لهذه النصوص، والاجتهاد في إدراك معانيها وعِلَلِها

= جهنّم» [أخرجه البخاري: ٥٦٣٤، ومسلم: ٥٣٨٥، وأحمد: ٢٦٥٦٨، من حديث أم سلمة]، ومن مثل ما ورد في «الاحتكار» من وعيد شديد، كقوله ﷺ: «**مَنْ دَخَلَ في شيءٍ من أسعارِ المسلمين، لِيُغْلِيَهُ عليهم، كان حقاً على الله، أن يُقْعِدَه بِعُظْمٍ** ـ مكان عظيم ـ **من النار**» [أخرجه أحمد: ٢٠٢١٣، من حديث معقل بن يسار، وإسناده جيد] على ما سيأتي بحثه في هذا الموضوع، وغير ذلك كثير. هذا، ولا نرى مسوغاً للفصل والتمييز بين الأحكام ـ بل الأحكام المتعلقة بتوجيه النشاط الإنساني في الدنيا، هي التي يمهد امتثالها للنعيم في الآخرة.

(١) ومعلوم أن الحكم على التصرف الشرعي بالصحة والفساد والبطلان ليس حكماً تكليفياً، بل هو حكمٌ شرعيٌ وضعيٌ، كما تقرَّر في علم الأصول. «موسوعة الفقه الإسلامي»: (١/ ١١ ـ ١٢).

ومراميها، أو هو **الأحكام المستنبطة من هذه النصوص اجتهاداً**، أو من معقول النصوص الجزئية[١]، فيما لا نصَّ فيه، أو من معقول جُملةِ نصوصٍ، تنهض بمعنى عام، فتُبنى عليه الأحكام فيما لا نصَّ فيه أيضاً[٢]، وهذا هو الفقه بالمعنى الأصولي على ما قدّمنا.

معنى كلمة المقارن لغة واصطلاحاً:

أما كلمة «المقارن» لغة، فهي: مِنْ قَرَنَ، بمعنى: وصل، وقارن الشيء بالشي، قابله به، ومن ذلك بيوت قرائن[٣]، أي متقابلات.

وفي الاصطلاح: مقارنة الرأي بالرأي، مقابلته أو موازنته به، ليُعرَف مدى اتفاقهما أو اختلافهما، وأيُّهما أقوى وأسدّ بالدليل، وهو لا يخرج عن أصل المعنى اللغوي.

تعريف الفقه المقارن:

لم نعثر على تعريف للفقه المقارن عند الأقدَمين، غير أن ذلك لا يعني أنهم لم يضطلعوا بهذا النوع من البحث، فقد وجدتُ موسوعات في الفقه الإسلامي المقارن، لكن في المسائل الجزئية غالباً[٤].

---

(١) وهذا هو القياس الأصولي الخاص، الذي يشهد لعلّته بالاعتبار النصُّ الوارد بالأصل وحكمه.

(٢) وهذا هو القياس، بالمعنى العام، أو قياس القواعد، وهو شامل «للمصلحة المرسلة» و«الاستحسان» و«سد الذرائع» وغيرها.

(٣) «مختار الصحاح» مادة: قرن ص٥٣٣، للشيخ محمد بن أبي بكر الرازي. «أساس البلاغة» مادة: قرن ص٥٠٥ للزمخشري.

(٤) من موسوعات الفقه الإسلامي المقارن ما يأتي: أ ـ «بدائع الصنائع للكاساني» (الحنفي)، ب ـ «الهداية» للمرغيناني (الحنفي)، جـ ـ «تبيين الحقائق» للزيلعي (الحنفي)، د ـ «بداية المجتهد» لابن رشد (الحفيد) (المالكي)، هـ ـ «المغني» لابن قدامة (الحنبلي)، و ـ «المحلّى» لابن حزم الأندلسي (الظاهري)، ز ـ «المجموع شرح المهذب» للإمام النووي، وغير ذلك كثير.
هذا، وكتاب «بداية المجتهد» وهو جزءان من أنفس ما كتب في الفقه الإسلامي المقارن، دقة علمية، وموضوعية، ونزاهة، وتبدو عنايته واضحة في تحرير «مناشئ الخلاف» والموازنة بين الأدلة أصولياً، وكثيراً ما يرجِّح الرأي الأقوم، وقد يأتي برأي جديد، في حين أننا نجد في كتب الحنفية مثلاً نقلاً =

فإذا أردنا أن نقصر «الفقه المقارن» على ذلك الذي يكون بين المذاهب الفقهية الإسلامية خاصة، فيمكن تعريفه بما يأتي:

«تقرير آراء المذاهب الفقهية الإسلامية في مسألة معينة، بعد تحرير محلّ النزاع فيها، مقرونةً بأدلتها، ووجوه الاستدلال بها، وما ينهض عليه الاستدلال من مناهج أصولية، وخطط تشريعية، وبيان منشأ الخلاف فيها، ثم مناقشة هذه الأدلة أصولياً، والموازنة بينها، وترجيح ما هو أقوى دليلاً، أو أسلم منهجاً، أو الإتيان برأي جديد، مدعم بالدليل الأرجح في نظر الباحث المجتهد».

إن المقارنة التي تُعقد بين أحكام مجتهد فيها لمسائل أو نظريات عامة في مذاهب أو مدارس فقهية، تستند في ذاتها إلى أصول متحدة، كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية ـ بما هي نابعة أصلاً من مصدر سماويٍّ، هو القرآن الكريم، والسنة المطهرة ـ لا تجد فيها اختلافاً جذرياً في أصول تلك الاجتهادات، وما بُنيت عليه من قواعد يلتزِمها كل مجتهد، تتجِّه هي بدورها إلى تحقيق مقاصد أساسية عامة وثابتة بصورة قاطعة[1] استهدفها التشريع كلُّه.

ومن المعلوم بداهةً، أن وحدة المصدر التشريعي ـ كما هو الحال في التشريع الإسلامي ـ تقتضي وحْدةَ المنطق التشريعي الذي يحكمه، ويهيمن عليه، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا۟ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢][2].

= للآراء الضعيفة لفقهاء المذاهب الأخرى، ثم يشرعون في الرد عليها، متجاهلين الآراء القوية لمخالفيهم، مما يشعر بتجافي «الحق العلمي» بدافع نزعة حب الانتصار على المذهب المخالف، وهو لون من التعصب المذهبي الذي ينبغي أن يكون القضاء عليه غاية من غايات الفقه المقارن.

(١) «الموافقات»: (٢/ ٢ وما بعدها)، للشاطبي. يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد: «التعارض إما أن يعتبر من جهة ما في نفس الأمر، وإما من جهة نظر المجتهد. أما من جهة ما في نفس الأمر، فغير ممكن بإطلاق»، وقد مرّ آنفاً . . . في مسألة أنَّ الشريعة على قول واحد، وأما من جهة نظر المجتهد فممكن بلا خلاف. المرجع السابق: (٤/ ٢٩٤).

(٢) المرجع السابق. وراجع: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» ص١٠ للمؤلف.

مدى الاختلاف في المناهج الأصولية للاستنباط:

هذا، وقد يتعدّى الاختلاف في أحكام المسائل الجزئية، إلى قواعد الاستنباط نفسها ومناهجه التي ينبغي أن يلتزمها كلُّ إمام في مذهبه أو مدرسته، كما هو الشأن في قاعدة «مفهوم المخالفة» مثلاً في أصول الفقه الإسلامي، و قاعدة الذرائع، أو قاعدة الاستحسان، أو قاعدة «المصالح المرسلة»[(١)].

غير أن هذا لا يعتبر ـ في الواقع ـ اختلافاً جوهرياً في أُصول التشريع الأساسية، ولا في أصل هذه القواعد التي هي في الحقيقة «**خطط تشريعية**» أو قواعد تفسيرية تستمدُّ حجِّيتها من أدلّة تلك المصادر، إذ لا بدَّ في كل قاعدة منها، لتكون حجَّة، من دليل خاص، أو أصل تشريعي عام يشهد لها بالاعتبار، فهي ـ في واقع الأمر ـ أنواعٌ لتلك الأدلة الإجمالية[(٢)]، فضلاً عن أن أدلّة المخالف في بعضها قد تكون ضعيفةً، وقد لا يُعْبأ بها.

---

(١) والواقع أن اختلاف الأصوليين والفقهاء في هذه الخطط التشريعية للاجتهاد بالرأي لا يمسُّ أصلَ حُجيتها، لأنه:

أ ـ إما اختلاف لفظي، ظاهريّ، بحيث إذا تحدّد مفهوم القاعدةُ محلُّ النزاع، لا تجد عندئذ إلا اتفاقاً منعقداً عليه، بل لا يملك أحدٌ إنكاره، ولا يسع مناظراً المنازعة فيه، كما في منهج «الاستحسان» و«الذرائع».

ب ـ وإما اختلافٌ في الضوابط والشروط على النحو الذي ألفيْنا في «قاعدة سد الذرائع» و«الباعث» وأثره في التصرفات والعقود.

وسيأتي تفصيل ذلك في قاعدة «تحقيق المناط» إن شاء الله تعالى. راجع «الموافقات»: (٤/ ٨٧ وما يليها)، وص١٩٦ وما يليها للشاطبي، إذ أشار إلى أن الاختلاف بين الفقهاء ليس في أصل سد الذرائع، بل فيما يتحقق به التذرع، أي في تحقيق مناطه في الوقائع.

(٢) يُقصد بالأدلّة الإجمالية مصادر التشريع: كالكتاب والسنة والإجماع والقياس، وثمة قواعد أصولية لغوية وتشريعية مشتركة، تعتبر أنواعاً لتلك الأدلة الإجمالية، من مثل قاعدة تفسير الأمر والنهي، وقاعدة مفهوم المخالفة، ومفهوم الموافقة أو فحوى الخطاب، والإجماع الصريح، والإجماع السكوتي، وقاعدتي الاستثناء: الاستحسان وسدّ الذرائع، وهما مُتفرعتان عن أصل النظر في المآل، باعتبار أن مآل التطبيق هو مستَنَدُ الاستثناء ودليله. راجع: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» ص٣٣ وما بعدها للمؤلف. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

على أنّ أئمة المذاهب جميعاً قد أخذوا بأصل هذه القواعد التي تعتبر عند التحقيق الأصولي «**مناهج**» أو «**خططاً تشريعية**» يلتزمها المجتهد في الاستنباط، لتُسدِّد خُطاهُ، وليست مصادر تشريعيةً[1] كما سيأتي بيانه في البحوث

لكن أخذهم بهذه القواعد كان على تفاوتٍ، مما نتج عنه سعة المدى في استثمارها في الفقه والاجتهاد، وضيقه، فثبت ما قلنا، من أن الشريعة الإسلامية ترتدُّ إلى أصولٍ مشتركةٍ، الأمر الذي يحول دون وقوع اختلاف جذري يتفرَّعُ عنه تناقضٌ في نظرياته العامة، أو قواعده الأساسية، أو مقاصده التشريعية العامة[2].

على أن مما يحدُّ من تشعيب الخلاف في الفروع، ويدني من الحق، وروح العدل في التشريع، أن تُعقد المقارنات العلمية بين وجهات نظر الأئمة في «القواعد التفسيرية» للنصوص، من مثل قاعدة «موجب العام» وقاعدة «تفسير النهي» و«الأمر» ومفهوم المخالفة[3]، وغيرها، لا على أساس أوضاعها اللغوية فحسب، بل وعلى ضوء ما عُرف عن المُشرِّع في الاستعمال، ومقصده فيه أيضاً.

هذا، والتشريع ـ كما هو معلوم ـ إرادةٌ ومقصد، وكثيراً ما يشتَجِرُ الخلافُ بسبب

= هذا، وأصل النظر في المآل، متفرع من أصل اعتبار المصالح في الأحكام.
وتأسيساً على هذا، فإن الاجتهاد بالرأي في التطبيق لا يقِلُّ خطراً وجدوى عن الاجتهاد في الاستنباط.
راجع «أصول التشريع الإسلامي» ص٣٣ وما بعدها للمؤلف.

(١) راجع: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» ص٣٣ وما بعدها للمؤلف.
«الموافقات»: (٤/ ١٩٦ وما يليها).

(٢) يذهب الإمام الشاطبي إلى أن أصول الفقه قطعيةٌ، وأنه ينبغي أن تكون كذلك، ولكنّا لا نرى هذا الرأي، فإن الخلاف قد وقع في كثير من قواعد الاستنباط، من مثل مفهوم المخالفة، وموجب العام، وموجب الأمر والنهي، والباعث على التصرف وأثره فيه، صحةً وبطلاناً، وبم يثبُتُ، وشروط العمل بخبر الواحد، والإجماع السكوتي، وحجِّية أصل القياس، وغيرها كثير، مما ينقض أصل دعوى أو نظرية قطعية أصول الفقه التي طرحها الإمام الشاطبي على الفكر الأصولي، وأخذ يقيم الأدلة ـ عبثاً ـ على صحتها، إذ من المعلوم أن «غلبة الظن» كافيةٌ في وجوب العمل في تشريع الفروع والمعاملات، أصولاً وفروعاً، وإلا ترتب على ذلك إهدارُ هذه القواعد جميعاً، لأنها لم تبلُغْ مبلغَ القطع.

(٣) «المناهج الأصولية للاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» بحث مفهوم المخالفة، للمؤلف.

التشبث بالمنطق اللغوي وحده، في حين أن المشرِّع يكون قد خالف عنه، بما يُرسي في التشريع نفسه من أدلَّةٍ تدل على هذا القصد[١]، صراحةً، أو إشارةً وإيماءً، وبما يستهدف من «مقاصد» تمثل مباني العدل وموجِّهاته في التشريع، وبهذا يمكن أن تكون نتائج هذه البحوث فيْصلَ التفرقة بين التفسير اللغوي الصرف، «**والاجتهاد التشريعي المنهجي**» وهو ما تقتضيه طبيعة التشريع نفسه، فلا يقفُ الأصوليُّ أو المجتهد على أرضية اللغة وحدها، بل يرقى إلى أُفق «**المنطق التشريعي**» الرحب الذي يتيح للمجتهد تحقيق إرادة المشرع ومقصده في أوسع مدى، ويزيل مناشئ التشعب في الاختلاف ما أمكن، ويدني إلى مفهوم الحق والعدل، تفهُّماً وتطبيقاً، كما ذكرنا.

ولذا، لا بدّ للمجتهد من أن يأخذ بأحد الدليلين في المسألة ولا يتركهما بدون ترجيح، لأنه من الثابت قطعاً أن للمُشرِّع في كل مسألة حكماً واحداً فقط، يجب على المجتهد أن يتَبيَّنه ويتحرَّاه.

والترجيح إنما يكون بدليل قويٍّ يجعل الأولوية في التقديم والعمل للحكم الذي ينهض به على أنه مقصدُ الشارع في غالب ظنِّ المجتهد[٢].

هذا، وإذا كانت طبيعة العمل الاجتهادي، أو الاجتهاد التشريعي ذات مقومات أربعة:

أولاً ـ الواقعة، أو المسألة المعروضة، محتفَّةً بظروفها وملابساتها، والتي يُراد معرفة حكم الشرع فيها، سواء أكانت تلك الواقعة منصوصاً عليها، أم لم تكن.

ثانياً ـ الدليل الذي يستند إليه المجتهد في استنباط حكم تلك الواقعة، وقد يكون **نصاً أو استدلالاً** بروح النصِّ أو العدل في الشرع، أو قُلْ **بالمصلحة** المعتبرة شرعاً[٣]، وهذا هو القياس، أو بالمصلحة المرسلة التي لا تعدو أن تكون استدلالاً

---

(١) يؤكد الإمام الشاطبي أن تحرِّي مقصد الشارع باتباع ما نصبه من أدلة، جملة وتفصيلاً، يمكن أن يؤدي إلى خلاف حقيقي في الواقع ونفس الأمر على ما أسلفنا. «الموافقات»: (٤/ ٢٢٢).

(٢) «الموافقات»: (٤/ ٢٢٢) الهامش.

(٣) يقصد بالمصلحة المعتبرة شرعاً، تلك التي شهد لها نصٌّ خاص بالاعتبار، كالنص الوارد في تحريم شرب الخمر، لعلّة الإسكار، ولمصلحة حفظ العقل، خلافاً للمصلحة المرسلة التي يشهد لها أصل خاص، بل عام.

بمعقول جُملة نصوصٍ جزئيةٍ، شَهدَتْ لها بالاعتبار، أو شهد لها أصلٌ كليٌ، وإلّا كانت غريبة عن الشرع[١].

ثالثاً ـ الملكة الاجتهادية الراسخة، أو الطاقة الفكرية العلمية المتخصصة المتفهّمة لكلِّ أولئك، تلك المَلَكة التي يفترض فيها توافر كافَّة عناصر الاجتهاد التشريعي ومقوِّماته، وهي شرط أساسي للتصدي للاجتهاد.

رابعاً ـ التطبيق السديد، مراعياً تلك الظروف والملابسات من حيث أثرها على نتائج التطبيق، لِتَبَيُّنِ أدقَّ مسالكه الذي يضمن سلامةَ النتائج، إذ العبرةُ ـ كما يقول الإمام الشاطبي ـ بالمآلات والنتائج الواقعية[٢]، كما قدَّمنا.

أقول: إذا كانت مقوِّمات العمل الاجتهادي هي ما ذكرنا، فإن الغاية من الفقه المقارن بالمعنى الذي حدَّدنا في الفروع والمسائل، وعلى ضوء من طبيعة الاجتهاد في التشريع تتلّخص فيما يأتي:

---

(١) أقمنا الدليل على أن تصوُّر الفقهاء المسلمين لمفهوم العدل، لم يكن فلسفياً مجرّداً يستعصي على التحديد، بل كان واقعياً في التشريع الفروعي، ومحدّداً بل مجسداً في «المصلحة» التي يتغيّاها الحكم الشرعي العملي، أو القاعدة العامة، إذ لا يتصوَّر أن يقصد المُشرِّع من الحكم غير الحق والعدل، وبذلك كان الفقهاء المسلمون عمَلِيين بحكم طبيعة العمل الاجتهادي نفسه الذي نهضوا به ابتغاء استنباط الأحكام الشرعية العملية التي تقتضيها حياة الناس وشؤونهم المعاشية.

(٢) «الموافقات»: (١٩٩/٤ وما بعدها). يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد: «العبرة بمآلات الأفعال...» ويقول أيضاً: «أصل النظر في مآلات الأفعال معتبرة مقصودٌ شرعاً، سواء أكانت الأفعال موافقة ـ مشروعة ـ أو مخالفة ـ وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام، إلّا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، (فقد يكون) مشروعاً، لمصلحة فيه تُستجْلَبُ، أو لمفسدة تُدْرَأُ، ولكن له مآل على خلاف ما قُصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه، أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه، أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية.

«الموافقات»: (١٩٤/٤ وما بعدها).

وهذا الأصل من أبين الأدلة على استجابة الشريعة لما يقتضيه تطور الحياة بالناس، بما يلابس أوجه نشاطهم الحيوي فيها من ظروف، الأمر الذي يدعم صدق قضية عموم الشريعة وخلودها، بلا مراء

أولاً ـ تَبَيُّن كيفية تناول كل مجتهد المسألة المعروضة للبحث، وتصوره لها، أو تكييفه إيّاها[١]، والدليل الذي اعتمده أساساً في حكمها، بما يتفق وذلك التكييف، وبيان وجه استدلاله به.

والفقهاء يختلفون في كيفية تناول المسائل في اجتهادهم، وتكييفهم إيّاها، أيّما اختلاف.

وبذلك يتبدّى للدارس وجوه من الاجتهاد في تكييف المسائل الاجتهادية لا تُتاح له لولا هذه المقارنة.

ثانياً ـ إثراء مدارك الباحث نتيجةً للتبحرُّ وسعة الاطلاع على ما صدر في المسألة موضوع المقارنة، من آراء اجتهادية.

ثالثاً ـ إقدار الباحث على الموازنة الموضوعية الدقيقة بين الأدلة التي صدر عنها المجتهدون، موازنةً تعتمد النظر الأصولي في دليل كلٍّ منهم، لتبين مدى قوته، كما تعتمد على مدى صحّة استدلاله به.

رابعاً ـ إقداره على تعمُّق تلك الآراء، لتحديد «**منشأ الخلاف**» أو سببه، وتركيز البحث في هذا «**المنشأ**» لبيان موطن الضعف أو القوة فيه، ليكون ذلك عوناً له كخطوة أولى أو مقدمة، لترجيح الرأي الذي يستند إلى السبب القوي، وبيان وجه هذا الترجيح[٢].

خامساً ـ إقداره على التوفيق بين الأدلة المتعارضة ـ ظاهرياً ـ دون تكلُّفٍ أو اعْتِسافٍ، وذلك مما يضيِّقُ من هوَّة الخُلْف بين المجتهدين، ويفضي إلى تبيُّن وجه «**الحق**» في غالب ظن الباحث المجتهد.

---

(١) راجع بحثنا في مسألة «التسعير الجبْري» والتكييف الفقهي الذي ارتآه لها كلُّ مجتهد، وبنى على أساسه حكمه، والدليل الذي اعتمده في ذلك الاستدلال، ووجهه. وراجع أيضاً: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» بحث التأويل ص١٣١ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٢) قدّمنا أنه لا يجوز للمجتهد أن يأخذ بأحد دليلين في مسألة ما دون ترجيح معتبر، إذ لا يجوز الترجيح بلا مرجِّح، لأنه تحكم، بل لا بد أن يتحرّى مقصد الشارع، ومقصدُ الشارع أن له في كل مسألة أو واقعة حكماً واحداً فقط على المجتهد أن يتحرّاه. «الموافقات»: (٤/ ٢٢٢) للإمام الشاطبي.

سادساً ـ تمكين الباحث من إبداء رأيٍ اجتهادي جديد مدعَّم بدليل يراه أقوى سَنداً من كل ما عثر عليه من أدلة للمجتهدين، لاسيما إذا لاحظ اختلاف الظروف، لأن مما لا شك فيه أن اختلاف الظروف ذو أثر بالغ في تشكيل علَّة الحكم، وبرهان ذلك، اختلاف نتائج التطبيق، باختلاف ملابساته، والمآل معتبر مقصود شرعاً في تشريع الحكم، وتكييف الفعل بالمشروعية وعدمها على ضوئه، بقطع النظر عن حكم أصل الفعل.

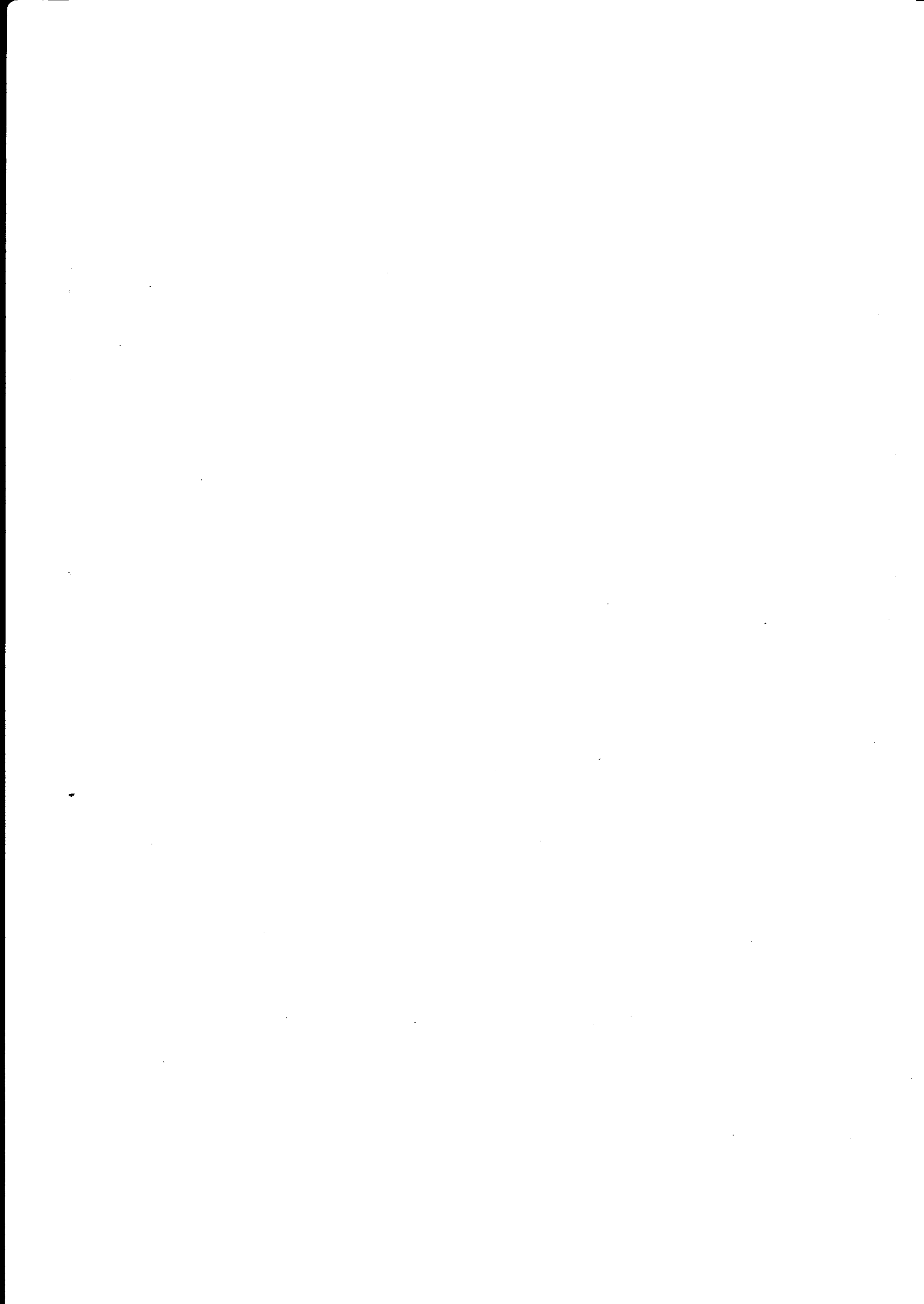
سابعاً ـ اجتثاث أصول الهوى أو التعصب المذهبي[1]، وتكوين أصالة الفكر الاجتهادي، وصقل المَلَكة الراسخة، وتحقيق الشخصية العلمية النزيهة، إظهاراً لحقائق الشرع، ومحافظةً على قصد الشارع، وتحرِّياً له، باتباع مقتضيات الأدلّة جملة وتفصيلاً.

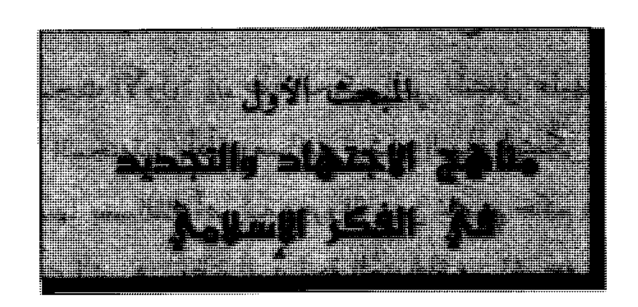
ثامناً ـ إحياء هذا التراث الإسلامي العتيد الذي يمثل أقوى سمات الحضارة، وهو «التشريع» لنتمكن من الانتفاع به عملاً في حاضرنا ومستقبلنا، لأن دراسة الحاضر يجب أن تكون فرصةً للتفكير فيما ينبغي أن يكون عليه المستقبل.

هذه أهم ثمرات المقارنة بين المذاهب الإسلامية.



(١) منذ القدم، وعلماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء، يتحرَّوْن في بحوثهم ومناهجهم «الحق الشرعي» الذي يقصده الشارع، بتوجيه من الشريعة نفسها، وهي ما جاءت إلّا لتخرج الناس عن دواعي أهواءهم، وحيثما وُجد الهوى انتفى الحق، وكان الضلال، إذ ليس بعد الحق إلا الضلال، ومن هنا كانت «البدعة» ـ وهي الأمر المستحدث في الدين الذي لا يستند إلى دليل، ضلالة، فضلاً عن أن الهوى يُوَرِّث نار العداوة والبغضاء، فتحرِّي الحق الشرعي إنما يكون باتباع مقتضى الأدلة جملة وتفصيلاً، وذلك «الحق الشرعي» هو قصد الشارع، حتى إذا خولف ذلك القصد خولف الشرع، ومخالفة الشرع ليست من الشرع في شيء، بل هي ضلال في الشرع. «الموافقات»: (٤/ ٢٢٢ وما يليها) للإمام الشاطبي.





المفهوم العام للاجتهاد بالرأي أصولياً، ومكانته في التشريع الإسلامي:

لا جَرَمَ أن الاجتهاد بالرأي ـ في أبعاده المختلفة ـ وثيقُ الصلة بالتشريع الإسلامي، بل قد انقلب على أيدي الصحابة، ومن بعدهم، ليصبح أصلاً من أُصول التشريع، تُستنبط عن طريقه الأحكام، بمداركها الشرعية، وهو في مفهومه العام، لم يكن إلّا تعقُّلاً، واكتناهاً لحقائق هذا التشريع، وأسراره، وتحديداً لمفاهيمه الكلية التي وردت في القرآن الكريم، تَستقطب مقاصدَه الأساسيّة، وما يتبعها من مكمِّلات، باعتبارها الغاية القصوى التي من أجلها أُنزلت الشريعة ابتداءً، وما يندرج فيها من جزئيات، بما هي مبنى للمصالح الحقيقية، والجدِّية، للأفراد والشعوب والأمم[1].

يدُلُّكَ على هذا، أنَّ القرآن الكريم نفسه قد سلك مسلك التعليل في كثير من أحكامه، بل لتفاصيل الأحكام، حيث تراه يُقْرِن العلّة بالحكم، إيماءً إلى ضرورة أن يسلك المجتهدون هذا السَّنَن، إبَّان اجتهادهم بالرأي، تبييناً لعلة الحُكْم الموجبة لتشريعه، لتفسِّر معقوليته، أو معنى معناه، أو تحدِّد الغاية التي ترتب الحكم عليها تشريعاً، نظراً، لتُجتنى مصلحةً وثمرةً يانعةً بعد التنفيذ عملاً وواقعاً على ما فصَّلنا في المبحث الأول.

فالتَّعليل تبيينٌ أو تفسير اجتهادي عقلي، يستخلص علّة الحكم التي بني عليها،

---

(١) بسط الإمام الشاطبي هذا المعنى في كتابه القيِّم: «الموافقات في أُصول الشريعة»: (٢/ ٥ وما يليها).

لأنّها السبب المعقول لتشريعه، باعتبارها تتضمن «المصلحة» التي تتحقّق عند امتثال الحكم وتنفيذه، غالباً، من جلب منفعة للمكلّفين، أو دفع ضرر أو مفسدة عنهم.

وقلت في المبحث الأول: إن علّة الحكم التي اشتمل عليها النص التشريعي، مبنى له، يستنبطها المجتهد، بأدلّةٍ ومسالك ترشده إليها، ليتمكّن بالتالي ـ بعد إمعان النظر في استخلاصها بمسالك أصولية معروفة ـ من تعميم حكم هذا النص التشريعي على كافّة محالّ علّته التي هي مظنّةُ المصلحة المُتوخَاة من تشريعه ابتداءً، تعميماً عقلياً أو معنوياً لا لفظيّاً، من قِبَلِ أنَّ «العلة» أو السبب الموجب للحكم، يمثل منطقية النَّص، ومعقوليَّته، لا لُغَوِيته، لأن منطقيّته تمثل ارتقاء حكم النصِّ ـ ومنطقية النصِّ أرحبُ أفقاً من لغويته ـ من أرْضيَّةِ لغويتِهِ إلى الأفق المنطقي الرحب، وسبيل ذلك الاجتهاد بالرأي ضرورةً، لأنه الأداة العلمية التي تكشف عن روح التشريع ومنطقه العام المتَّسق.

فالتعميم المنطقي العام لحكم النص، تعميماً معنويًّا وعقليًّا اجتهاديًّا، هو سَبْرٌ لأغوار النص وغوص في أعماقه، للظّفر بجوهره، والمراد الحقيقي للشارع منه، إذ المعنى اللغوي، يمثّل المعنى المتبادَر السطحيّ الأول، وقد لا يكون مراداً للشارع على ظاهره، بدليل ينصبه الشارع نفسه، ليرُشد المجتهد إليه، وحينئذ ينبغي تأويله، بما يتفق ومراد الشارع بالدليل الذي نصبه، ولن يتمَّ ذلك بداهةً دون الاجتهاد بالرأي من أهله، ولعلَّ هذا أهم منهج من مناهج الاجتهاد بالرأي في نطاق النص، استنباطاً لعلَّة حُكمه!

هذا، وتعميم الحكم تعميماً معنويّاً وعقليّاً بالتعليل الاجتهادي، يحول دون أن يبقى الحكم مقصوراً على محلّه الذي ورد النص فيه، بل يجعله عاماً لعموم علّته، فينبغي سحب حكمها على كافّة محالّ علّته التي تحقّقت فيها ـ كما أسلفنا ـ وهذا التعميم المعنوي ينفّذ مقاصد الشريعة سواءً بسواء، من حيث قوَّةُ الاحتجاج به، وصحة بناء الحكم عليه.

وعلى هذا، فالعقل الإنساني المتخصِّص ـ كما ترى ـ ذو أثر بالغ في تفسير النصِّ

وتعليله، وإثرائه، دون ريب، ولهذا رفع الإسلام من منزلة العقل إلى مستوى جعله «قسيماً للوحي» ـ كما سيأتي تفصيله ـ ليكونَ له سَنَداً ورِدْءاً، وهو ما قرّره الأئمة من الأصوليين، كالشاطبي والغزالي والشوكاني وغيرهم.

الأصل في النصوص التعليل والاجتهاد بالرأي سبيله، وحكمة ذلك:

هذا، وإذا كان من المقرَّر أصوليّاً ـ على ما هو الثابت والراجح ـ أنَّ الأصل في النصوص «التعليل» فذلك دليل بيِّن على معقولية النُّصوص القرآنية[١]، وأن ذلك ثابت بالاستقراء التام الذي يفيد القطع، ومعنى ذلك: أنَّ القرآن نفسه هو الذي أفسح المجال للاجتهاد بالرأي، لتبيين هذه «المعقولية» التي توسِّع من أفق النص منطقيًّا على النحو الذي بيَّنا، بل وعلى وجوب إعمال العقل في استنباط عِلَلِ الأحكام التي هي مظانُّ الحِكَمِ التشريعية التي تؤول بدورها، عند تنفيذ الحكم، إلى «المصالح» الحقيقية التي توخّى الشارع تحقيقها من وراء تشريع الأحكام والقواعد التي هي قِوام التكاليف، وهذا السَّنَن، التشريعي الإلهي، وما اقترن به من الاجتهاد بالرأي، من شأنه أن يكوِّن القناعة التامة لدى المكلفين بجدوى هذا التشريع العظيم، ويُدخل في رُوعِ المكلَّف، أن هذا التشريع لم يُشْرَعْ تحكُّماً، ولا عبثاً، ولا ارتجالاً، وإنَّما بني على مصالح الناس الحيوية الحقيقية في العاجل والآجل معاً، على المجتهدين أن يُعملوا الفكر في استنباطها، كحقائق، ينبغي أن تُنشر على الناس، تبصيراً لهم، وتوعيةً وتكويناً لقناعاتهم بأثرها البالغ في صيانة حياتهم، أن يَعْتريها أسبابُ الانهيار والفوضى والتهافت.

وأيضاً، تكوين القناعة من شأنها أن تدفع تلقائياً إلى الامتثال الطوعي، لأن الإسلام خاطب الأمم، لا ليسوقها بعصا الغلب والإكراه، وإنما خاطَبَها على أساس أنهم ذوو عِزَّة، وأحرار، ولذا أقنعهم بمنطقية تشريعه[٢]، وسمو مقاصده، وإنسانية

---

(١) «الموافقات»: (٢/ ٥ وما يليها).

(٢) راجع في تعميم الحكم تعميماً معنوياً عن طريق استنباط علة حكم النص بالاجتهاد بالرأي قياساً، «التيسير، شرح التحرير»: (١/ ٣٦٠ وما بعدها).

حِكَمِهِ، وجدوى المصالح الكبرى التي يجتنونها من وراء امتثال تشريعه، تكريماً لآدميتهم، إن لم يكونوا قد آمنوا ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ. . .﴾ [الإسراء: ٧٠] أو بثًّا لروح العزَّة في نفوسهم، إن كانوا قد آمنوا، لقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ ٱلْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِۦ وَلِلْمُؤْمِنِينَ. . .﴾ [المنافقون: ٨].

الأبعاد المختلفة للاجتهاد بالرأي التي تمثِّل مناهجه، تتناول روح التشريع، ومقاصده الأساسية فضلاً عن نصوصه

نُبيِّن فيما يلي الأبعاد المختلفة للاجتهاد بالرأي:

أولاً ـ الاجتهاد بالرأي في «نطاق النص» لاستهلاك طاقاته، في كافة دلالاته على معانيه، ولاسيما في «دلالاته العقليَّة» التي هي من لوازم عبارته، كدلالة الإشارة، ودلالة النص أو فحوى الخطاب، ودلالة الاقتضاء، ودلالة مفهوم المخالفة، على ما هو معلوم في علم أُصول الفقه الإسلامي التي هي عماد الاجتهاد بالرأي، تسدِّد خُطاه على أساس أنها المنهج العلمي والمنطقي في تفسير النص التشريعي، والنفاذ إلى روحه ومقصده.

هذا، ومن المعلوم أُصوليّاً أن الدالَّ على الملزوم دالٌّ على اللازم وهو حجّةٌ فيه.

ثانياً ـ البعد الاجتهادي «فيما لا نص فيه» وهو على أنواع، لكلٍّ منها مجال خاص. وهذه الأنواع تستوعب ما يمكن أن يُتصوّر من أبعادٍ للاجتهاد بالرأي في المقدور البشري!! ومن صُوَره:

أ ـ «الاجتهاد القياسي»[(١)] الذي يَرُدُّ النظيرَ إلى نظيره، لعلّةٍ جامعةٍ بينهما، بأن يُحْكَمَ على النظير الذي لا نصَّ فيه، بمثل ما حكم به على نظيره الذي ورد فيه نص، قياساً شرعيّاً، ومنطقيّاً معاً ـ كما بيّنا ـ ليحفظ اتساق المنطق التشريعي واستقامته، والتشريع الإسلامي قائم على منطق مستقيم لا تَعارُضَ بين أحكامه، ولا تناقض ـ في الواقع ونفس الأمر ـ وذلك برهانُ كونه سماويّاً، لقوله تعالى: ﴿. . . وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا۟ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢].

---

(١) المرجع السابق، وراجع التلويح على التوضيح: (٢/ ٥٢ وما يليها).

ب ـ **الاجتهاد بالرأي القائم على تقدير «المصالح»** المتجددة التي لم يرد فيها نص، وهي من التكاثر، والتجدُّد بحيث لا تحصى كثرةً، تقديراً مردُّه العقل العلمي المتخصِّص، أعني الاجتهاد بالرأي الجاري على أصول الشريعة، المترسِّم لمقاصدها، إذْ لا يملك العقل الاستقلال التام في إدراك تلك المصالح، أو تحديدها، لكونها مشروطةً بأن تكن على نحوٍ يُقيم الدنيا بما لا يتناقض مع جعلها سبيلاً إلى الآخرة، وهذه «حيثيَّةٌ» تبلغ من حيث وجوب الرعاية إبَّان الاجتهاد بالرأي مبلغ القطع!!

غير أن العقل البشري قد يغفل عن هذه «الحيثية» إذْ غالباً ما يكون مستهوى تحت تأثير المنافع العاجلة الموقوتة، غير متبصِّرٍ بمآلاتها، أو يكون مأخوذاً بهوىً، أيّاً كان لونه، أو مُهَيْمَناً عليه بعصبيَّة إقليمية، أو بعنصرية رعْناء مسْرفة، تسْري في عروقه دماً، وفي كيانه روحاً وفي تفكيره فكراً مستحوذاً، أو بغريزة حبِّ الهيمنة الدولية، اغتراراً بالقوة المادية، أو بنزعة التوسع استكباراً في الأرض وطُغياناً، وتجبُّراً، أو غير ذلك من المنازع التي تُفسد على العقل النَّظَرَ المتوازن الصحيح، وتحول دون تمكينه من أداء ما أُعدَّ له من وظائفَ تقوم على أصول التعقُّل الإنساني الموضوعي الرشيد، فضلاً عن أنها ـ كما أشرنا ـ تسدُّ عليه منافذَ التبصُّر بالعواقب، وهذا أمرٌ واقعٌ ومشهودٌ، ولاسيَما في أوائل هذا القرن، وأواسطه، وأواخره!!؟

ج ـ استقراء الجزئيات التي اختلفتْ موضوعاتُها، ليستنبط منها «مفاهيم كبرى» يسلك كلُّ مفهوم منها، عديداً من هذه الجزئيات، بحكم واحد، لوحدة الهدف والغاية المتصِّلة بمفهوم العدل، وهذا هو شأن «النظريات العامة» المستنبطة من الجزئيات. ولا ريب، أن هذا المنهج من الاجتهاد بالرأي ـ فيما نعتقد ـ من أرقى ما وصل إليه العقل البشري في الاجتهاد التشريعي، لأنّه يتعامل مع الكليات ضبطاً لمفاهيم التشريع ولأن هذا النظر الكلِّي العام، لا يمكن أن يتيسَّر إلّا حين يبلغ الاجتهاد بالرأي أكمل معانيه وأسمى مبالغِهِ!

د ـ منهج الاجتهاد بالرأي القائم على «سياسة التشريع» التي تستلزمها الظروف المستجدة العامة، ولاسيما الاستثنائية منها، إذ التشريع العام الكامل، يملك ـ بطبيعته

ـ القدرة على تدبير شؤون الأمة، في ظروفها العادية، والاستثنائية على السواء، وهذا متقرَّر في التشريع الإسلامي على أكمل وجه، باعتباره أكمل تشريع، وعلى نحو يكفل بسياسته التشريعية هذه ، وبما تستند إليه من أُصول، تحقيق العدل، ومقاصد التشريع، والأمن العام، في أوسع مجالاته، وأرقى معارضه! مما يجعل للاجتهاد بالرأي القائم على سياسة التشريع هذه، المقام الأول في «التقديرات الخاصة» لهذه الظروف الملابسة، ووقائعها التي لا نص فيها، بحيث يتم في ضوئها، التشكيلُ الفقهي للقضايا المطروحة، بما لا يتنافى و«مقاصد الشريعة» التي تقتضي أحياناً ـ للحفاظ على هذه المقاصد، وتنميتها، من جانب الوجود، وللحيلولة دون المآلات التي تخرمها، من جانب العدم[1] تقتضي تجديد النظر الاجتهادي، لاستنباط أحكام استثنائية مناسبة وناجعة، يتم بها تحقيق معنى العدل كَاملاً، في ضوء تلك الظروف المتغيِّرة، أو بتشريع نُظمٍ، وإجراءات وطرائقَ تكون لازمةً وملائمة وضَرورية لتحقيق «المصالح» الحيوية للدولة والأُمة تعجز عن تحقيقها أحكام الفقه العام، وفي هذا مجالٌ للاجتهاد بالرأي أيُّ مجال! لِمَا في هذه السياسة التشريعية من المرونة والسعة بحيث تستجيب لمقتضيات حاجات الأُمة والدولة في كلِّ عصر!

هـ ـ هذا فضلاً عن بُعْدِ «البيان التفسيري» للقرآن الكريم، فيما تركه الرسول ﷺ دون أن يتناوله بالتفسير، تَرَكَهُ عَمْداً، ليُفْسح المجالَ للاجتهاد بالرأي، لأن يتناولَهُ بالتحليل، والتعليل والاستنباط، في ضوء الظروف التي تتداول المجتمع الإسلامي في كلِّ عصر، إذْ ليس من المعقول، ولا من المتَّفق وعصمةَ الرسول ﷺ التواني عن تنفيذ ما أُمِرَ به، أو عن تبليغه الثابت وجوبُهُ بقوله تعالى: ﴿فَٱصۡدَعۡ بِمَا تُؤۡمَرُ...﴾ [الحجر: ٩٤]، وقوله تعالى: ﴿وَأَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلذِّكۡرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيۡهِمۡ...﴾ [النحل: ٤٤]. وهذا ما أفاض الإمام الشاطبي في تقريره وتفصيله، والتدليل عليه، من ذلك قوله[2]. «إنَّ الكتاب لا بدّ من القول فيه ببيان معنىً، واستنباط حكم، وتفسير لفظ، وفهم

(١) راجع كتاب: «السياسة الشرعية والفقه الإسلامي»، للشيخ عبد الرحمن تاج ص٥ وما يليها، وراجع «الموافقات»: (٢/ ١٣ وما يليها) للشاطبي.

(٢) «الموافقات»: (٣/ ٤٢١).

مُرادٍ، ولم يأت ذلك عمّن تقدم فإما أن يتوقف دون ذلك، فتتعطل الأحكام كلُّها أو أكثرُها، وذلك غيرُ ممكن فلا بدّ من القول فيه بما يليق» وهذا هو الدليل الأول.

أما الثاني: فإنّه لو كان كذلك، لَلَزِمَ أن يكون الرسول ﷺ مبيّناً ذلك بالتوقيف[١] (عن طريق الوحي) فلا يكون لأحد فيه نظرٌ ولا قولٌ، والمعلوم أنه عليه الصلاة والسلام، لم يفعلْ ذلك، فدلَّ على أنّه لم يكلَّف به على ذلك الوجه، بل بيَّن منه ما لا يوصل إلى علمه إلّا به، وترك كثيراً مما يدركه أرباب الاجتهاد باجتهادهم، فلم يلزم في جميع تفسير القرآن التوقيف[٢] (أي تفسير الوحي).

وأما الثالث: فإنّ الصحابة كانوا أوْلى بهذا الاحتياط من غيرهم، وقد عُلِمَ أنهم فسَّروا القرآن على ما فهموا (اجتهاداً). ومن جهتهم بلغنا تفسيرُ معناه. والتوقيف ينافي هذا، فإطلاق القول بالتوقيف، والمنع من الرأي غير صحيح[٣].

أقول: وهذا بيِّنٌ أن الاجتهاد بالرأي أضحى ضرورةً دينيةً وتشريعيةً وحيويةً، لتوقف كثيرٍ من آي القرآن على هذا النوع من الاجتهاد، لأنَّ الرسول ﷺ لم يفسِّر القرآن كلَّه توقيفاً من الوحي، وإنما ترك كثيراً منه ـ كما يقول الإمام الشاطبي ـ لأهل الاجتهاد، يفسرونه باجتهادهم في كل عصر بما يليق، غاية ما في الأمر، أنه يشترط في هذا الاجتهاد، أن يكون ممن بَلَغَ مَبْلَغَ الاجتهاد الحق، إذ التجرُّؤُ على تفسير القرآن من قبَلِ من لم يبلغ مبلغ الاجتهاد، أو مما ليس من أهله، من الكبائر، لأنه تقوُّلٌ على الله تعالى بغير برهان[٤]، لقوله تعالى: ﴿...وَأَن تَقُولُواْ عَلَى ٱللَّهِ مَا لَا تَعۡلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٦٩، والأعراف: ٣٣]، وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: «إنّما أخاف عليكم أحد رجلين: رجلٌ يتأوّل القرآن على غير تأويله، ورجلٌ ينافس الملك على أخيه»[٥].

---

(١) المرجع السابق، والتوقيف يعني عن طريق الوحي السماوي، وهذا تابع للاجتهاد بالرأي في نطاق النص غير أنّا أوردناه هنا استكمالاً لصور الاجتهاد بالرأي.

(٢) المرجع السابق، أي إن كثيراً من آي القرآن الكريم لم يُفسِّرْها الرسول ﷺ لا عن طريق الاجتهاد، ولا عن طريق الوحي المباشر، بل تُركت للمجتهدين ليفسروها باجتهادهم في كل عصر بما يليق.

(٣) «الموافقات»: (٣/ ٤٢٢).

(٤) المرجع السابق.

(٥) وهذه صورة أخرى من صور الاجتهاد التطبيقي لا الاستنباطي. وهذا الحديث أخرجه الطبراني في =

هـ ـ الاجتهادُ بالرأي في الاستنباط قسيم الاجتهاد بالرأي في التطبيق[١].

أمّا قسيم الاجتهاد بالرأي في الاستنباط والتأصيل والتفريع، فهو الاجتهاد بالرأي في التطبيق. وهذا ـ في الواقع ـ لا يقلُ أهميةً وخطراً عن الأول، لِتَعَلُّقِ اجتناءِ ثمرات التشريع واقعاً وعملاً به، إذْ ما جدوى التكلُّم بحق لا نفاذ له؟ على حدِّ قول عمر بن الخطاب ﷺ. هذا وتبدو خطورةُ الاجتهاد بالرأي في التطبيق وعظيم أثره، ـ فضلاً عن ضرورته ـ أنَّ القرآن الكريم إذِ اتَّخَذَ في بيانه للأحكام المنهجَ الكليَّ لا التفصيلي ـ كما سيأتي بيانه ـ لزم أن يكون الاجتهاد بالرأي هو السبيل الوحيد الذي لا مناص منه، للاضطلاع بمهمة التطبيق الواقعي لتلك «الكليات»، على الوقائع الجزئية التي تنتاب المجتمع في كلِّ عَصْرٍ وبيئة، بما يَحْتفُّ بها من ظروف وملابسات متجدِّدة، ومتغايرة، لا تنحصر[٢]، مقترناً هذا الاجتهاد بالتبصُّر الواعي بمآلات التطبيق ونتائجه المتوقعة، وتقدير تلك النتائج بميزان المصالح المعتبرة شرعاً بحيث يحفظ على الحياة الإنسانية كيانها، ويوفِّر لها كلَّ أسباب النمو، والتقدم والازدهار، والمنعة، ويجنبها عوادي الانهيار، والتهافت!

و ـ الوضع البياني للقرآن الكريم يستلزم حتماً الاجتهاد بالرأي

هذا، وإذا لاحظنا أنّ منهج القرآن الكريم، في بيانه للأحكام، قد جاء ـ كما ذكرنا ـ على نحو كلِّي، لا تفصيلي إلّا في القليل، فإن طبيعة هذا «الوضع البياني» للقرآن الكريم، يستلزم حتماً الاجتهادَ بالرأي، حتى أضحى ـ في معقول أهل النظر والمنطق ـ قريناً لا ينفك، لسبب بسيط، هو أنَّ من المعلوم منطقيّاً وأصوليّاً أنَّ هذه «المفاهيم الكلية» ذهنية مجرَّدة، لا تحقق لها في الواقع الوجودي، من حيث هي،

= «الأوسط»: ١٨٦٦، من حديث عمر بن الخطاب مرفوعاً، وذكره الهيثمي في «المجمع»: (١/ ١٨٧)، وقال: رواه الطبراني في «الأوسط»، وفيه إسماعيل بن قيس الأنصاري، وهو متروك الحديث.

(١) «الموافقات»: (٤/ ١٠٤ وما يليها) وهذه صورة أخرى من الاجتهاد بالرأي قوامه تنزيل الكليات على الجزئيات التي تحققت فيها مناطاتها. والصورة السابقة جيء بها للإشارة إلى أن الاجتهاد بالرأي في التطبيق قسيم الاجتهاد في الاستنباط.

(٢) «الموافقات»: (٤/ ١٠٤ وما يليها).

وإنما يتم ذلك من خلال تنزيلها من أفقها المنطقي المجرَّد على الوقائع الجزئية الماثلة التي تتحقق فيها مناطات تلك المفاهيم، ولا سبيل إلى ذلك بداهةً إلّا بالاجتهاد بالرأي من أهله من ناحيتين:

أولاهما: استظهار تلك المفاهيم الكلية وتعقُّلها، وتحديد حقائقها من النصوص، وقد قدّمنا أنَّ «الوضع البياني» في القرآن الكريم قد جاءَ على نحو كليٍّ لا تفصيلي غالباً.

الثانية: تطبيق ذلك فعلاً في مجال الحياة العملية، بحيث تصبح أوضاعاً قائمة فيه، وذلك يقتضي بذل الجهد العلمي المتخصِّص بأقصى طاقاته، وقد يفتقر المجتهد في مثل هذه الحال إلى «الخبرة المتخصصة العلمية» التي تخرج عن دائرة العلوم الإسلامية. وإنْ كان الحكم الشرعي يتوقف على ما تمده تلك الخبرة من معلومات هي ضرورية في قيام الحكم الشرعي الاجتهادي، ولاسيما في معالجته «القضايا العامة» ذات الأثر الحتمي في مصير الأُمة.

ولا بدَّ ـ في هذا المقام ـ من أن نشير إلى لزوم مراعاة الظروف التي تلابس تلك القضايا أو الوقائع، لما لها من أثر في تشكيلها فقهياً، أو تكييفها شرعاً. وقد يتطلب الأمر ـ كما قدمنا ـ «خبرةً علمية» من ذوي الاجتهاد والاختصاص فيها، فلا بدَّ من تحصيلها والوقوف عليها، لأنها أضحت من مقوِّمات الحكم الشرعي، إذا كانت ذات صلة بمفهوم المصلحة أو العدل فيه، وذلك بسؤال أهل الذكر عنها.

هذا، وتشكيل الواقعة المطروحة فقهيّاً في ضوءِ ظروفها وملابساتها، مما يحمل المجتهد على تطبيق الكليّ أو الجزئي الأكثر ملاءمة ومناسبةً، ضماناً للنتائج المتوخّاة التي تندرج في مقاصد الشريعة العامة، إذْ من المقطوع به، أنّ للشارع قصداً في تشريع الحكم ابتداءً، كوسيلة، وقصداً آخر ـ في الوقت عينه ـ في تحقيق الغاية المرسومة من أصل تشريع ذلك الحكم مآلاً، وذلك يستلزم الاجتهاد بالرأي عقلاً وواقعاً بالضرورة.

هذا، ومن البيِّن إذاً أنْ لا بدَّ من الاجتهاد بالرأي، لاعتبار الكليّ بالجزئيّ، واعتبار الجزئي بالكلّي أيضاً تفهمّاً وتطبيقاً أثراً لسبْر أغوار النص في كل مسألة تطْرأ في كافة العصور والبيئات، ولذا كان طبيعياً أن يقرِّر الأُصوليون فرضيةَ الاجتهاد في

الإسلام، وأن يتمّ ابتلاءُ الله تعالى على عباده به، كلٌّ بحسب وسَعه، كما ابتلاهم بسائر فرائضه[١]، وأنَّ تكليف العقل بالفكر والاجتهاد للقادر[٢] عليه، والمؤهَّل له، يساوي تكليف الجسم بالعبادة.

ز ـ وجوب اعتبار الكلِّي بالجزئيِّ والجزئيُّ بالكلِّي اجتهاداً بالرأي لوحدة المنطق العام للتشريع

فتلخص أنَّ «الوضع البياني» للقرآن الكريم، من أنه اتخذ منهاجاً كليّاً في بيانه للأحكام غالباً، يستلزم ألَّا يُعتبر «الكليُّ» بإطلاق، دون اعتبار بالجزئي الذي يتحقَّقُ مناطُه فيه واقعاً وعملاً، كما يستلزم حتماً، ألا يُعتبر الجزئيُّ إلَّا بكليِّه؟ في كل مسألة، إذ لا غَناءَ له عن كُلِّيهِ، لأنهما كليهما ـ كما ذكرنا ـ يرجعان إلى المحافظة على المقاصد الأساسية وما يتبعها، تلك المقاصد التي ما وُضِعت الشريعة إلَّا لتحقيقها في المجتمع الإسلامي بخاصة، والإنساني بعامة، إذْ لا تناقضَ ولا تخالُفَ في الشريعة، لا في أصولها، ولا في فروعها، وأساس تبيُّن ذلك كلِّه الاجتهادُ بالرأي ضرورةً. وفي هذه المعاني يقول الإمام الشاطبي في كتابه «الموافقات في أصول الشريعة» فيما يتعلّق بالوضع البياني للقرآن الكريم، ومنهجه الكلي ما نصه: «تعريف القرآن بالأحكام، أكثرُه كليٌّ لا جزئيٌّ وحيث جاءَ جزئيّاً، فمأُخذه على الكلية أي كتطبيق للكليّ»[٣].

ويقول أيضاً: «إنَّ الكتاب قد تقرر أنه كلِّيةُ الشريعة، وعمدةُ المِلَّة، وينبوعُ الحكمة، وآيةُ الرسالة، ونور الأبصار والبصائر... وإذا كان كذلك لزم ضرورةً لمن رام الاطلاعَ على «كلِّيات الشريعة»، وطَمعَ في إدراك «مقاصدها واللِّحاق بأهلها»، أن يتخِذَه سميرهُ وأنيسُه، وأن يجعله جليسه على مرِّ الأيام والليالي، نظراً وعملاً[٤] لا اقتصاراً على أحدهما[٥].

---

(١) «الرسالة» للشافعي. (٢) «أصول الفقه» ص٣٤٠، للخضري.

(٣) «الموافقات»: (٣/ ٣٦٦).

(٤) أي تفهماً وتعقلاً وتطبيقاً على الكليات دون مقاصدها، أو على المقاصد دون الكليات، لأن الكليات نظراً وتطبيقاً وسائل لغايتها، وهي المقاصد. المرجع السابق: (٣/ ٣٤٦).

(٥) المرجع السابق: (٣/ ٨).

وأما فيما يتعلَّق بضرورة اعتبار الكلي بالجزئي اجتهاداً بالرأي، والعكس صحيح، حفاظاً على المقاصد الأساسية وما يتْبعُها التي أُنزلت الشريعة من أجل تحقيقها في الخَلْق، فيقول ﷺ ما نصه: «فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات، إذْ محالٌ أن تكون الجزئياتُ مسْتغنيةٌ عن كلياتها». فمن أخذ بنصٍّ مثلاً في جزئيٍّ مُعْرِضاً عن كُلِّيه فقد أخطأ، وكما أن من أخذ بالجزئيِّ معرضاً عن كُلِّيِّهِ، فهو مخطئ، كذلك من أخذ بالكليِّ معرضاً عن جزئيِّه[1].

ويقيم الشاطبيُّ الدليل العقلي على وجوب اعتبار كلٍّ منهما بالآخر طرْداً وعكساً بقوله: «وأيضاً، فإنّ الجزئيَّ ـ أي الدليل الخاص على واقعة خاصة ـ لم يوضع جزئياً إلّا لكون الكلّي فيه على التمام ـ فالإعراض عن الجزئيِّ من حيث هو، إعراض عن الكليِّ نفسه في الحقيقة «وذلك تناقض»[2].

ح ـ بيان أن اعتبار الكليِّ بالجزئيِّ طرداً وعكساً هو ما تقتضيه وحدة المنطق التشريعي

وعلى هذا، فالاجتهاد بالرأي في بُعْده النصِّي هذا، كليّاً وجزئيّاً رفعاً للتناقض ـ كما ترى ـ هو ما يقتضيه وحدةُ منطق التشريع الإسلامي كلِّه، وارتفاعه في مفاهيمه عن التناقض، وهو آية بيِّنةٌ على سماوية هذا القرآن الكريم، إذ لا مراءَ أنّ التشريع الإسلامي كلٌّ متَّسقٌ في أصوله وفروعه، لا تجد فيه تخالفاً أو تناقضاً، وذلك من آيات إعجازه الناهضة بالدلالة على أنه من عند الله تعالى لصريح قوله سبحانه: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا۟ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢][3] أي تناقضاً في الأحكام الشرعية كليِّها وجزئيِّها، قواعدُها ومقاصدها، أُصولها وفروعها، كما أسلفنا.

---

(١) إذ الفرض أن الجزئي ما صار جزئياً إلّا بتحقق معنى الكلّي فيه تماماً، فإذا أعرض عن الجزئي أعرض مفهوم الكلّي المتحقق فيه، فاعتبار الكلّي من حيث هو مع إعراض عن الجزئي الذي هو في الحقيقة إعراض عن مفهوم الكلّي المتحقق فيه، تناقضُ ظاهر، فوجب اعتبار كل منهما بالآخر، رفعاً للتناقض.

(٢) المرجع السابق: (٤/ ١١٩).

(٣) المرجع السابق الأمر.

يقول الإمام الشاطبي موضحاً هذا المعنى، ومقيماً للدليل على صدقه ما نصه: «الشريعة كلها ترجع إلى قول واحد في فروعها، وإن كَثُر الخلاف، كما أنها في أصولها كذلك، ولا يصلحُ فيها غير ذلك» ثم يأتي بالأدلة من القرآن الكريم منها:

١ ـ الآية الكريمة التي تلَوْنا، إذْ يقول في تفسيرها: «فنفى أن يقع فيه ـ في القرآن ـ الاختلافُ البتة، ولو كان فيه ما يقتضي قولين مختلفين، لم يصْدق عليه هذا الكلام على حال»[1].

٢ ـ واستدلَّ أيضاً بقوله سبحانه: ﴿. . . فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ. . .﴾ [النساء: ٥٩] الآية.

ويقول في وجه الدلالة على أن لا اختلاف في أصول الشريعة ولا فروعها ما نصه: «وهذه الآية صريحةٌ في رفع التنازع والاختلاف، ولا يرتفع الاختلاف إلّا بالرجوع إلى شيء واحد إذ لو كان فيه ما يقتضي الاختلاف، لم يكن في الرجوع إليه «رَفْعُ تنازعٍ» وهذا باطلٌ»[2] أيْ: عبث لا يطلبه الله تعالى. في حين أنه طلب من المكلفين الرجوع إليه تعالى وإلى رسوله، «لرفع التنازع» ولو كان في الشريعة اختلافُ لما أمكن أن يتحقق رفع النازع، ولكان طلبُ الرجوع عبثاً، فدل ذلك قطعاً. على أنّ لا اختلاف في أصول الشريعة ولا في فروعها[3]، وهذا الدليل ـ كما ترى ـ في غايةٍ من القوة في الاستدلال، على ما بسطنا القول فيه، في المبحث الأول.

٣ ـ ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا۟ كَٱلَّذِينَ تَفَرَّقُوا۟ وَٱخْتَلَفُوا۟ مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَهُمُ ٱلْبَيِّنَٰتُ. . .﴾ [آل عمران: ١٠٥] والبينات هي الشريعة. فلولا أنها لا تقتضي الاختلاف ولا تقبله ألبتة، لما قيل لهم: ﴿. . . مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَهُمُ ٱلْبَيِّنَٰتُ. . .﴾ [آل عمران: ١٠٥] ولكان لهم فيها أبلغُ العُذْر، وهذا غير صحيح، فالشريعة لا اختلاف فيها.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) أي تعارض بين أحكامها في الواقع ونفس الأمر.

(٣) «الموافقات»: (٤/ ١٢٩ ـ ١٣٠) أي: لا تعارض ولا تناقض في أحكام الشريعة أصولاً وفروعاً. في الواقع ونفس الأمر كما قدمنا.

٤ ـ وأيضاً لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ هَٰذَا صِرَٰطِي مُسْتَقِيمًا فَٱتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا۟ ٱلسُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَن سَبِيلِهِۦ...﴾ [الأنعام: ١٥٣] فبيَّن الله تعالى: «أنّ طريقه طريق الحق وهو واحد»[1].

فالتناقض منفيٌّ حتماً في هذا القرآن العظيم، بجميع أنواعه ووجوهه، سواء أكان بين النصوص بعضِها قِبَلَ بعض في معانيها وأحكامها، كليّاً وجزئيّاً، أم بينها وبين ما تستهدفُ من مقاصد وغايات، يتوخى الشارع تحقيقها من وراء تشريع القواعد والأحكام، في المجتمع الإنساني، حيث لا تجدُ انفصاماً بين الحكم وغايته، بل هما صِنوان لا ينْفكان في التشريع نظراً، ولا ينبغي أن ينفصلا في التطبيق عملاً وواقعاً، وهذا يستلزم الاجتهادَ لتحقيق هذا الاتساق في التطبيق والعمل، ولهذا قلنا: إن الاجتهاد بالرأي في التطبيق لا يقِلُّ خطراً وأهمية عن الاجتهاد في الاستنباط.

ر ـ هذا، ولا نقصد بمنطقية هذا التشريع واتساقه وإحكامه على نحوٍ لا تجدُ فيه تناقضاً في نظر ذوي الألباب والبصائر النيِّرة النافذة، أنه من الممكن أن يستقلَّ «العقل البشري» في إنتاج مثل هذا التشريع صياغةً وإحكاماً ومقاصدَ، ما دام متطابقاً مع منطقه الفطري الأصيل، فما إلى هذا قَصَدْتُ ولا ينبغي أنْ يُقصَد، لأنَّ هذه قضيَّةٌ قد فرغ التاريخ من الفَصْل فيها نتيجةً للتحدِّي، وثبوت العجز البشري، وإنّما قُصارى ما أرمي إليه أن أُبيِّن أنّ هذا التشريع الإلهي العظيم، إنْ في عقائده أو عباداته أو آدابه أو أحكامه العملية التشريعية، أو صياغتِهِ على نحوٍ كان فيه بِدْعاً معجزاً نظماً ومعنًى، لو عُرِض على العقل الإنساني العام نظراً نافذاً وبصيراً ومقتدراً مبرّاً من الهوى، ودون أن تعبث بمنطقِهِ التشريعي والاقتناع بوحدة هذا المنطق، لما وسِعه أن يعْثر فيه على منفذٍ أو وليجةٍ يكمنُ فيها ليرسل إليه سهام نقده، أو يبرهن على وجود أدنى خَلَلٍ مسْتَحكم بين وسائله وغاياته، ولا بين كلِّياته وجزئياتِه، ولا بين ما يقرِّر من حقائق كبرى، وبين ما يقتضيه واقعُ الحياة الإنسانية في آمادها المتطاولة!

على أنَّ أولي الاختصاص في التشريع الوضعي من المُحْدثين المحقِّقين في هذا

---

(١) «الموافقات»: (٣/ ٤١).

العصر، قد خرجوا بنتائج قرروها في مُصَنَّفاتهم من أنَّ ثَمَّةَ روحاً واحداً عارماً يسلك التشريع الإسلامي في بنيان مُحْكَمٍ شامخٍ عتيد، وإن كان ثَمَّةَ مِن تعارضٍ ظاهريٍّ يبدو - بادئ الرأي - غير أنه عند إمعان النظر الأصوليّ، يتبدّى للمجتهد أنَّ ثَمَّةَ حقيقةً واحدةً جوهريةً يحوِّم حولها المجتهدون وأولو النظر لإصابتها، فلا اختلاف ولا تناقض في أصول الشريعة وفروعها ومقاصدها، وإلّا لاستحال التكليف والتنفيذ معاً، وأنّ ظاهرة التعارض التي تبدو - بادئ الرأي - كما قدّمنا سُرعان ما ترتفع بعد إنعام النظر الأصولي الذي ينتهي إمّا بالتوفيق بينهما، أو بترجيح ما هو أقوى في ضوء الأدلة المنصوبة في الشرع.

ط - ينبغي التمييز بين احتمال وقوع الاختلاف في النظر والاستدلال بين المجتهدين وبين ادعاء الاختلاف في أصول الشريعة وفروعها.

وعلى هذا، فاختلاف المجتهدين في النظر والاستدلال شيء، والاختلاف والتناقض في أصول الشريعة وفروعها شيء آخر، فلا ينبغي الخلطُ بينهما. على أن اختلاف المجتهدين - على التحقيق - مردُّه أمران رئيسان:

الأول - اختلاف المجتهدين وتفاوتهم علماً أو مداركَ ومَلَكاتٍ، وهذا أمر واقع لا يفتقر إلى برهنة.

الثاني - صياغة النصّ المُجْتَهَدِ فيه على نحوٍ غير قاطع، مما يطلقون عليه «ظنّي الدلالة» حيث يحتمِلُ معنَيَيْن أو عدة معانٍ في وضعه اللغوي. يحوِّم المجتهدون حَوْل المعْنى الواحد الذي يقصده الشارع - في نظرهم - وذلك إنما يترجَّح معنى من معانيه، في ظلِّ ملابساتٍ معينة، قد لا يلائمها معنى آخر من محتملات النص نفسه، ولا يتّفق - بتشكيل تلك الظروف للواقعة - مع المقصد الكلِّي، ومن هنا، كان وجوب اعتبار الجزئي بكلّيه، طرداً وعكساً، وفي هذا إيماءٌ من المشرِّع بأن الاجتهاد بالرأي قد أضحى أمراً متعيناً وجودهُ في كل عصر وبيئة وضرورةُ تجدُّدِهِ في كلِّ ظرفٍ مستقبلي، وما دام التطور هو سنَّة الحياة الإنسانية بفضل تجدُّد الفكر المبدع الذي هو من أصل مقوِّمات فطرة التكوين، فقد جاء التشريع الإسلامي - مساوِقاً لهذه الفطرة - بفرضية

الاجتهاد بالرأي، وهو ما أكده الرسول ﷺ في قوله: **«إنّ الله يبعثُ لهذه الأمة على رأسِ كلِّ مِئةِ سَنةٍ من يُجدِّد لها دينها»**[1]. وبدهي أن «التجديد» المقصود في الحديث إنما هو في الإبداع الفكري المتجدِّد من أهله عبر العصور، بما يجلو الحقيقة الإسلامية للعقول، تلك هي سُنّة الحياة الإنسانية التي لا تتبدّل، ولعلّ السرَّ في صياغة معظم النصوص القرآنية على نحو «ظني» محتمِلٌ لأكثر من معنى، لا قطعي، هو فتح باب التجديد في الفكر الديني على مصراعيه، بما يناسب كلَّ عصر من الأحكام التي تحتملها تلك النصوص، فضلاً عن «الاجتهاد المصلحي» فيما لا نصَّ فيه، والقائم على تقدير ما يطرأ على الأمة من المصالح التي تتعلّق بجميع نواحي الحياة، وهذا أرحبُ أُفقاً وأوسعُ مجالاً، وللاجتهاد بالرأي فيه مجالات يخلقها التطور المستمر نفسه، بما يضمن للحياة نموَّها وتقدُّمَها واستمرارها، ولا نعلم أصلاً من أصول التشريع في العالم قد أُوتي من المرونة والسَّعة مثل ما أُوتي الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي كما ترى!

ي ـ صياغة النص القرآني جاء على نحو بليغ معجز، يحفظ ديمومة الحكم على الرغم من تغيُّر الظروف، أثراً لتطور الحياة الإنسانية!

يتبيّن مما تقدم أنَّ «الوضع البياني» للقرآن العظيم، ذو صلة وثْقى بل وعضويةٍ، بالاجتهاد بالرأي، في بُعْدِه الجائل في نطاق النصّ ـ كليّاً كان أم جزئياً ـ إذا كان ظنيّ الدلالة، ومعظم آي القرآن الكريم من هذا القبيل، بل في جَوَلان الاجتهاد بالرأي، فيما هو أوسع أفقاً وأرْحَبُ مجالاً، وأعني به «المصالح المتجددة» التي لم يرِدْ فيها نصٌّ بالاعتبار أو الإلغاء، وهو ما يسمَّى في أصول الفقه الإسلامي «المصالح المرسلة» وفي هذا دليل بيِّن على تجدد الفكر الاجتهادي، بتجدّد المصالح التي لا تنحصر، ولا تنتهي عند حدٍّ، أثراً لسنّة التطور الحتْمية في الحياة الإنسانية في ميدان العلم والحضارة، بفضل الاجتهاد بالرأي الذي يُعتدُّ به أصلاً هامّاً في التشريع الإسلامي،

---

(١) أخرجه أبو داود: ٤٢٩١، من حديث أبي هريرة.

بحيث ارتقى إلى مَبْلَغٍ جعله قسيماً للوحي، فصار قِوام هذا التشريع: «وحياً ورأياً»، غير أنّ هذه القسمة ليست متحمِّضة، بل كلٌّ منهما قد اتخذ من الآخر سنداً وَرِدْءاً لافتقاره إليه، وهذا ما نوَّه به الإمام الشاطبي بقوله:

«والأدلة الشرعية ضربان:

أحدهما ـ ما يرجع إلى النّقل المحض (الوحي).

والثاني ـ ما يرجع إلى الرأي المحض.

ويضيف الإمام الشاطبي إلى ذلك قوله:

«وهذه القسمة هي بالنسبة إلى أصول الأدلة، وإلّا فكل واحد من الضَّرْبين، مفتقرٌ إلى الآخر، لأنَّ الاستدلال بالمنقولات لا بدَّ فيه من النظر «إعمال الرأي» كما أن «الرأي» لا يعتبر شرعاً إلّا إذا استند إلى النقل[1] «الوحي» ».

هذا، ويَقْصد الإمام الشاطبي بالرأي كافَّةَ وجوه الاجتهاد بالرأي ومناهجه من الاجتهاد في نطاق النص، ومن الاجتهاد فيما لا نص فيه، بما يتخذ من مناهج مختلفة، كالاجتهاد القياسي والاستحساني والاستصلاحي، والاجتهاد على منهج سدّ الذرائع، والاجتهاد العرفي، والاجتهاد القائم على الاستصحاب.

هذا، وباعتماد التشريع الإسلامي الاجتهاد بالرأي قسيماً للوحي، حتى أصْبَح قوامُه مُزْدَوجاً «وحياً ورأياً» ـ كما أسلفنا ـ ينهض الدليل البيِّن على مبلغ اعتبار الإسلام «للقيمة الذاتية للفكر الإنساني المبدع» وهو ما أشار إليه الإمام الغزالي في كتابه «المستصفى» في أصول الفقه، حيث يقول: «وأشرف العلوم ما ازدوج فيه العَقْل والسمع «الوحي» واصطحب فيه العقل والشرع، وعلم أُصول الفقه من هذا القبيل[2]، فإنه يأخذ من صَفْوِ الشرع والعقل سواءَ السبيل، فلا هو تصرُّفٌ بمحض العقول،

(١) أي: علم أصول الفقه، اجتمع فيه الأصول النصية، كما اجتمع فيه الأصول العقلية الاجتهادية التي تعتمد على الأولى، كما أن الأولى تعتمد على الثانية. فالاجتهاد بالرأي كما ترى قسيم للوحي قائم برأسه.

(٢) «المستصفى»: (١/ ٥).

بحيث لا يتلقَّاه الشرع بالقبول، ولا هو مبنيٌّ على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد والتسديد»[١].

وهذا الفهم العميق لطبيعة الاجتهاد بالرأي، منزلته، وحجته، في التشريع الإسلامي يشير إلى أنّ «وظيفة الاجتهاد بالرأي» باعتباره أصلاً عامّاً وهامّاً وقسيماً للوحي في الاستنباط، أو التأييد والتسديد، يشير إلى أن «الرأي» لا ينحصر فيما لا نصَّ فيه، بل رأيناه ـ بأبعاده المختلفة ـ يُصرِّح بالاصطحاب المطلق بين «الرأي والشرع» وهو المعنى الذي أكده الإمام الشوكاني أيضاً في كتابه «إرشاد الفحول»، حيث يقول: «واجتهاد الرأي، كما يكون باستخراج الدليل من الكتاب والسُّنَّة، يكون بالتمسك بالبراءة الأصلية، أو بأصالة الإباحة في الأشياء، أو التمسك بالمصالح، لأنَّ مفهومه لا يعدو أن يكون «بذلاً للجهد العقلي في طلب الحق»[٢] أي على وجه الإطلاق والعموم، كما ترى!

هذا، وطلب الحق، لا جَرَمَ أنه مطلبُ النبوَّة، كما هو مطلبُ الهدْي السماوي ﴿فَمَاذَا بَعْدَ ٱلْحَقِّ إِلَّا ٱلضَّلَٰلُ﴾ [يونس: ٣٢]. ومن هنا تُدرك السرَّ في أنَّ المجتهد الباذل أقصى وسعه العلمي في النظر المبدع، وفي التفهُّم العميق، والتطبيق السديد في كل عصر وبيئة، بظروفهما المتغيِّرة، بل والمتباينة أيضاً، مأجورٌ، وإن أخطأ ما هو في الواقع المغيَّب ما دام نظره الاجتهاديّ علمياً وموضوعياً مبرَّأً من الهوى والغرض، على ما هو معلوم!

ك ـ الإمام الشاطبي يقيم الدليل القاطع المستمد من منطق الشرع والعقل على قضية انتفاء التناقض في الشريعة

وإن كان ثمة سعة للاجتهاد بالرأي للمواءَمة بين مقتضى النصّ التشريعي الظنّي الدلالة ومقتضيات «الواقع المعيش» معالجةً له وتقويماً، على وَفْق مقاصد الشريعة

---

(١) «إرشاد الفحول» للإمام الشوكاني ص٢٠٢.

(٢) «الموافقات»: (٤/ ١٤٥)، أي أن السيولة المتميعة، والمرونة غير المنضبطة، ضربٌ من اتباع الهوى الذي ما جاء الشريعة إلّا لتخرج الناس عن دواعي أهوائهم.

الكلِّية بما يحقق اعتبار الأحكام الجزئية في هذه المعالجة والتقويم، باعتبار الكليّ من مقاصد الشريعة ـ كما قدّمنا ـ لأن التشريع الإسلامي «للواقع» وليس مجرَّد أحكام وقواعد مغرقة في التجريد الذهني، بحيث تستعصي على التطبيق، أو النزول إلى مكوِّنات الواقع للتعامل معه، وتقيم أَوَدَهُ وتَرْأب صَدْعَه، ولترتقي به إلى عليا درجات الكمال: علماً وحضارةً وتقدماً وازدهاراً وإبداعاً، وتجدُّداً في نطاق مقاصد التشريع وقواعده وقيَمه ومُثُله الإنسانية.

ل ـ الاجتهاد بالرأي أصْلاً مستقراً في التشريع الإسلامي يكسبه الواقعيّة والمرونة خصيصةً جوهرية فيه:

فالتشريع الإسلامي ـ بفضل الاجتهاد بالرأي ـ أصلٌ مستقرٌّ عتيد لا يعمل في فراغ، وإنما هو من الواقع بسبب وثيق وقويّ، ولهذا اتّسمت أصوله وأحكامُهُ وقواعدُه الكلية ومفاهيمُهُ ذات السَّعة: إنسانيةً وعالميةً وموضوعيّةً بالمرونة والواقعية، ولكنها «مرونة» غيرُ سيَّالة، لا تعرف الانضباط بضوابط العدل والحق والحرية المسؤولة، والمساواة في الاعتبار الإنساني، والتكافل الملزم في كافّة نواحي الحياة ماديّاً ومعنويّاً، بل هي مرونة وسماحة قد أفصح عنها الرسول ﷺ أنها من خصائص التشريع الإسلامي ومعالمه الأصيلة بقوله: «**بُعثْتُ بالحنيفية السَّمْحة**»[1]، مما يجعل للاجتهاد بالرأي مجالاً واسعاً يُقْدِره على مسايرة الأحوال المتطورة بالفكر المتجدِّد المبدع، ولكنها مرونة أو سماحة غير متميِّعة ولا سيَّالة ـ على حدّ تعبير الإمام الشاطبي ـ أو بعبارة أخرى: هي سماحة أو مرونة مقيَّدةٌ بالجريان على أصول الشريعة، منضبطةٌ بمقاصدها التي تتجه جملةُ تكاليف الشريعة إلى تحقيقها غايةً كبرى لها، ولنستمع إلى الإمام الشاطبي يحدِّد مفهوم هذه «السماحة والمرونة» بقوله: «لأن الحنيفية السمحة، إنما أتى فيها السماح مقيَّداً بما هو جارٍ على أُصولها، والشرعُ جاءَ بالنهي عن اتباع

---

(١) أخرجه أحمد: ٢٢٢٩١، من حديث أبي أمامة، وإسناده ضعيف، وبنحوه: ٢٤٨٥٥، بلفظ: «أرسلت بحنيفية سمحة» من حديث عائشة، وإسناده حسن.

الهوى، فهذا مضادٌّ لذلك الأصل المتفق عليه»[١]. فقضيتنا إذاً تجديدٌ لا تبديد!

هذا، ويتجلّى هذا المعنى في كلام الشاطبي إبّان بيانه الرائع عن ضرورة الاجتهاد بالرأي، واطّراح التّقليد أو الانغماس في الخلافات المذهبية، ثم الجري وراء الرُّخَص تحلُّلاً من التكاليف، واستهانةً بالدين، إذ يقول ﷺ: «وقد أذكر هذا المعنى جملةً مما في اتباع رُخَص المذاهب من المفاسد، كالانسلاخ من الدين بترك اتِّباع الدليل إلى اتِّباع الخلاف، وكالاستهانة بالدين، إذ يصير «الدين» بهذا الاعتبار سيَّالاً لا ينضبط (أي بضوابط العدالة) فينخرم قانون السياسة الشرعية بترك الانضباط...».

انخرام قانون السياسة الشرعية الذي يشير إليه الإمام الشاطبي جرَّاءَ اطِّراح الاجتهاد، وعدم الاعتماد على الأدلة، واتباع التقليد من قِبَلِ القادرين على الاجتهاد في كلِّ عصر، المؤهلين له، إنما يعني هدمُ أكبر جانب من الفقه المتطور الذي يعالج الوقائع المستجدة التي لم يرِدْ فيها نصٌّ.

وبيان ذلك أن قانون السياسة الشرعية يعالج تلك القضايا ذات الأهمية البالغة من الناحية السياسية والاقتصادية والدستورية والقضائية والتنفيذية والاجتماعية، والسياسة الخارجية والإدارية، والأمن الاجتماعي، والنظام العام والآداب في الدولة جملةً، وهو أمر من الخطورة بحيث يرتقي إلى مبالغ المرافق العليا في الدولة، يبيِّن ذلك ويفصِّله، كتابُ «السياسة الشرعية» للشيخ عبد الرحمن تاج، شيخ الجامع الأزهر الأسبق، حيث يقول في تعريفه للسياسة الشرعية: «أما في الاصطلاح فهي - أي السياسة الشرعية - اسم للأحكام والتصرفات التي تُدبَّر بها شؤون الأمة في حكومتها، وتشريعها وقضائها، وفي جميع سلطاتها التنفيذية والإدارية، وفي علاقاتها الخارجية التي تربطها بغيرها من الأُمم»[٢].

على أنَّ هذا النوع من الفقه الإسلامي المتطور الذي يطلق عليه: «السياسة

---

(١) «السياسة الشرعية، والفقه الإسلامي» للشيخ عبد الرحمن تاج ص٧ - ٨، وما يليها، ففيه تفصيل وافٍ لكافة الشؤون التي تعالجها سياسة التشريع بما يستجد فيها من وقائع وظروف.

(٢) المرجع السابق ص١٠.

الشرعية» نتيجةً للاجتهاد بالرأي لاستمداد الأحكام لكافة ما تقتضيه مرافق الدولة وشؤونها العامة فيما لم يرِدْ فيه نصوص أو وحي لا بدَّ أن يجري على أصول الشريعة وروحها، وأن يكون في نطاق مقاصدها العامة التي يطلق عليها: «الكليَّات» كيلا يجنح هذا الاجتهاد إلى ما يناقض الشريعة أصلاً وهدفاً، وهو ما أشار إليه الشيخ تاج بقوله: «أما السياسة الشرعية، فهي الأحكام التي تُنَظَّمُ بها مرافقُ الدول، وتُدبَّر بها شؤون الأمة، مع مراعاة أن تكون متَّفِقة مع روح الشريعة، نازلةً على أُصولها الكلية، محققةً أغراضها الاجتماعية، ولو لم يدلّ عليها شيء من النصوص التفصيليّة الجزئية الواردة في الكتاب والسُّنَّة»[١].

إنّ هذا المفهوم العام للسياسة الشرعية التي هي ثمرة الاجتهاد بالرأي فيما لا نصَّ فيه، وفيما تتطلَّبه الدولة بمرافقها وشؤونها العامة وسُلُطاتها الثلاث، ليس من مبتكرات الفقهاء المحدثين، فقد حدَّده من قبل عَلَمٌ من أعلام الاجتهاد في الماضي، وهو الإمام ابن عقيل، حيث يحدِّد المفهوم العام للسياسة الشرعية التي تنهض بأداءِ مهامٌ يعجزُ عن أدائها الفقه العام الثابت، فيقول: «السياسة ما كان فعْلاً يكون معه الناسُ أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإنْ لم يضعه الرسول ولا نزل به وحي»[٢].

ولا مِرْيَة أن مجال الاجتهاد بالرأي في سياسة التشريع ـ على ما رأيت ـ قد بلغ من السعة مبلغاً هو كفاءُ ما تبلغه الوقائع المتجدِّدة، والظروف المتطورة في الدولة، على مدى العصور، وهذه خصوبةٌ ومرونة لم تُعهد في أي تشريع سماوي أو أرضي فيما نعلم، شريطةَ أن يكون موافقاً لروح التشريع العام، وألا يكون مناقضاً لدليل قطعي، ولو لم يرِدْ له في الشريعة نصٌّ خاصٌّ بعيْنه، أو نزل به وحيٌ! لأن روح التشريع العامة تكفي مستنداً لهذه السياسة التي هي ثمرة الاجتهاد بالرأي!

ن ـ إنّ موافقة أحكام سياسة التشريع لروحه، ومقاصده، وقواعده، ونصوصه القطعية لا تعني أن تكون هذه الموافقة بنصوص خاصة وردتْ بهذه الموافقة بعينها،

---

(١) نقله ابن قيم الجوزية في كتابه «إعلام الموقعين»، وفي كتابه «الطرق الحكمية» ص٣، مطبعة المؤيد.

(٢) أي لم يخالف روح التشريع ولا أصوله العامة ولا مقاصده الأساسية.

لأنّ هذا غلطٌ أو مغالطة وقع فيها كثير من الفقهاء السابقين، وإنما تعني الموافقة عدم المناقضة لروح التشريع العامة والمقاصد الأساسية، والقواعد العامة، والأصول الكلية. ولو لم يردْ بها نصٌّ خاصٌّ بعينه. هذا المعنى الصحيح «لموافقة الشرع» والذي ينبغي اعتمادُهُ ضابطاً لسياسة التشريع، هو الذي أشار إليه ابن قيم الجوزية مخطِّئاً قول من ذهب إلى خلاف ذلك، ومبيِّناً أن سياسة التشريع هذه هي «عدْل الله ورسوله» وهي إنّما سمَّاها ابن قيم الجوزية «سياسةً» مُجاراةً أو مُحاكاةً لتسمية الغير لها بهذا الاسم، وإنما الاسم الحق لها هو ـ كما ذكرنا ـ «عدل الله بين عباده»، فانظر إلى أيّ مدى يتّصل الاجتهاد بالرأي الذي من أولى ثمراته وأهمِّها سياسةُ التشريع، بمفهوم العدل في الإسلام، وفي هذا المعنى يقول ابن قيم الجوزية في كتابه «الطرق الحكميَّة» ما نصه نقلاً عن ابن عقيل: «السياسة ما كان فعلاً، يكون معه الناسُ أقربَ إلى الصلاح، وأبعدَ عن الفساد، وإنْ لم يضعْه الرسول، ولا نَزَل به وحي، فإنْ أردْتَ بقولك ـ يخاطب أحد الفقهاء ـ إلّا ما وافق الشرع، أي لم يخالف ما نطق به الشرع[1]، فصحيح، وإن أردتَ: لا سياسة إلّا ما نطق به الشرع، فغلط وتغليط للصحابة، فقد جرى من الخلفاء الراشدين، فإنه كان رأياً «اجتهادياً» اعتمدوا فيه على مصلحة الأمة»[2].

ثم يضيف ابن قيم الجوزية إلى ذلك قوله: «فلا يقال إن السياسةَ العادلة مخالفةٌ لما نطق به الشرع، بل هي موافقةٌ لما جاءَ به، بل هي جزء من أجزائه، ونحن نسمِّيها «سياسة» تبعاً لمصطلحكم، وإنما هي «عَدْلُ الله ورسوله» ظهر بهذه الأمارات والعلامات»[3].

هذا المنهج الفذّ من الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، خليقٌ أن يضمنَ استمرارَ حياة هذا التشريع ونفاذه وآثاره، مهما تطوَّرت بالناس الظروف، ومهما اعْتوَرَها من وقائع وأحداث نتيجةً للتقدم العلمي، وارتقاء مفاهيم الحضارة.

---

(١) الطرق الحكمية ص١٣.

(٢) المرجع السابق ص١٤.

(٣) الطرق الحكمية ص١٣.

والحق أنَّ قضية خلود الشريعة وكمالها وصلاحيتها لكلِّ زمان ومكان، لا يمكن أن تَصْدُقَ دون الاجتهاد بالرأي، بكافة أبعاده التي فصَّلناها، وقد انتصب أصلاً عتيداً في التشريع الإسلامي منذ عصر الخفاء الراشدين الذين كانوا مجتهدين بالرأي في أوسع مداه، فضلاً عن كونهم رجالُ دولة، وكفى بهم أسوةً للاقتداء.

س ـ منهج الاجتهاد بالرأي في مجال سياسة التشريع كفيل بتحقيق المصالح التي تنهض بالحضارة. على أن هذا المنهج العظيم الجدير بالتقدير من مناهج الاجتهاد بالرأي في سياسة التشريع، هو جدير أيضاً بالتنفيذ في سائر الدول الإسلامية، لأنه يُحيي فيها روح الحضارة الإسلامية في جانبها التشريعي بوجه خاص، فضلاً عن أن هذا الأصل يمهِّد السبيل لأن تعيش الحياةُ الإنسانيةُ قِيَمها ومُثلَها وأصولَ الحق والعدل والمساواة والحرية المسؤولة والتكافل، واقعاً وعملاً.

ع ـ منهج الاجتهاد بالرأي في مجال سياسة التشريع يفتقر إلى الدِّقة والنظر العلمي العميق الشامل. غير أنَّ هذا المنهج الاجتهادي الذي اتّخذ مادتَه «سياسة التشريع» هو مجالٌ صَعْبٌ، ومُعْتَركٌ ضَنْك، يفتقر إلى بذل جهود فكرية وعلمية مُضْنِية، كما أنه موضعٌ تَزِلُّ فيه الأقدام، لِدِقَّتِهِ وعُمقه وشموله، وفي هذا المعنى يقول ابن القيم ما نصه: «وهذا موضعُ مَزَلَّةِ أقدام، ومَضَلَّة أفهام، وهو مقام ضَنْكٌ، ومُعْتركٌ صَعْبٌ، فرَّط فيه طائفةٌ، فعطَّلوا الحدود، وضيَّعوا الحقوقَ، وجعلوا الشريعةَ قاصرةً لا تقوم بمصالح العباد، محتاجةً إلى غيرها، وسدُّوا على أنفسهم طُرُقاً صحيحةً من طرق معرفة الحق[1] والتنفيذ له، وعطَّلوها مع علمهم وعلم غيرهم قطعاً أنها حقٌّ مطابقٌ للواقع. . .»[2].

وقد علمتَ أن الحق المطابق للواقع واحدٌ لا تعدُّد فيه ولا تناقض ولا تخالفَ، وهو ما أقام الإمام الشاطبي الدليل العقلي القاطع على صدْقه ـ كما أسلفنا ـ إذْ يقول:

(١) المرجع السابق ص١٤، وعَدْل الله تعالى لعباده قد فسَّره الإمام ابن القيّم بأنه مصلحة الأمة التي هي في أعلى مراتب العدل، إذ يقول: «فحيثما وجدت المصلحة، فثمَّ شرع الله ودينه» ولا ريب أن شرع الله ودينه هو العدل بعينه.

(٢) الطرق الحكمية الاجتهادية.

«إنه لو كان في الشريعة خلافٌ (أي تناقض) لأدَّى إلى تكليف ما لا يُطاق، لأن الدليلين، إذا افترضْنا تعارضَهما، وفرضناهما مقصودَيْن معاً للشارع، فإمّا أن يُقال: إنّ المكلَّف مطلوب بمقتضاهما، أوْ لا، أو مطلوبٌ بأحدهما دون الآخر، والجميع غيرُ صحيح «ثم أقام الأدلة على ذلك لينتهي إلى أن التناقض منفيٌّ في أصول الشريعة وفروعها ألبتة. . .»[1].

أمّا ما انتهى إليه المحققون المُحْدَثون من رجال القانون الذين لهم بَصَرٌ في فروع الشريعة ومعالجتها وتحليلها ومقارنتها، وفي مقدِّمتهم الدكتور السنهوري، فقد بيَّن بجلاء رأيه[2]، وأنه وَقَفَ ـ بعد طول البحث ومعاناته ـ على حقيقة بدَتْ باديَ الرأي ظاهرةُ التعارض في بعض أحكامها، فهو تعارض ظاهري، وأنها ينتظمها روحٌ من المنطق العام المتسِّق، وهذا ـ كما يقول الدكتور السنهوري ـ هو شأن التشريع الأصيل المُحْكم، وقد أعرب عن ذلك فيما مؤداه: «أن التشريع الإسلامي، وفقهه يمكن استخلاصُ نظرياتٍ عامةٍ منه، عن طريق التحليل التفصيلي، أي عن طريق الاجتهاد بالرأي».

ف ـ علم أصول الفقه باعتباره علماً يُرسي أصول المنهج المنطقي للاجتهاد التشريعي يُمدُّ «سياسة التشريع» بأصول تستند إليها، ليكون الاجتهاد بالرأي في نطاقها، مسدَّدَ الخُطى، مستقيمَ الاتجاه، منطلقاً إلى تحقيق مقاصد التشريع، متّخذاً من أحكام هذه السياسة التي لم يرِدْ بها نصٌّ، وسائل تشريعية عملية لتحقيق تلك المقاصد، بل هي تمثِّل عدلَ الله بين عباده ـ على حدِّ تعبير الإمام ابن القيم ـ وبيان ذلك:

أنَّ علم أصول الفقه يمثِّل فلسفة علماء المسلمين في تفسير النصِّ التشريعي، والمنهج العلمي المنطقي للاجتهاد بالرأي في استنباط الأحكام، فيما فيه نصٌّ، استثماراً لكافة طاقاته، وفيما لا نصَّ فيه، ولاسيما «فقه سياسة التشريع» على ما فصَّلنا

(١) المرجع السابق ص١٣.

(٢) «مصادر الحق»: (٣/٦ وما بعدها).

القولَ فيه بما تستشْرِفُه من تحقيق «مقاصد التشريع» التي تُجسِّد مفهوم العدل كملاً، فيما يُستنبط من أحكام في مجالها، ولا جَرَم أنَّ هذا العمل التشريعي الحيوي القائم على منهج علمي منطقي مشتق في أصوله ومقرراته وقواعده من معين التشريع نفسه، فكان ثمة تطابق بين التشريع الإسلامي، في مفاهيمه وغاياته، وبين علم أصول الفقه، وبذلك يستمِدُّ هذا العلم حجِّيَته من مَعين هذا التشريع، فإذا سار المجتهد على هذا المنهج العلمي، كان مسدَّد الخُطَى حتماً فيما يضطلعُ به من اجتهاد بالرأي فيما تقتضيه مصالح الأمة، ومرافق الدولة على مرِّ العصور واختلاف ظروفها، وبيئاتها! فكان بذلك اجتهاداً بالرأي مشتقاً من مَعين التشريع، لأن منطقية هذا العلم الفذّ الذي لا يوجد له نظيرٌ في العالم ـ فيما نعلم ـ مشتقةٌ من منطقية التشريع نفسه، فاكتسب بذلك حجيّةً بالغة في وسائله ومقاصده على السواء، لاتصال الاجتهاد بالرأي بمفهوم «العدل المطلق» في الإسلام، إذْ به يُعرف، ويَتَبيَّن، وبه يُطبَّق ويتحقق عملاً وواقعاً، اجتناءً لثمراته في كافّة مواقع الوجود، وهو ما انتهجه الخلفاء الراشدون.

ص ـ حِرْصُ علماء الأصول على وضع «نظريات أصولية عامة» تضبط أعمال المكلفين، فضلاً عن أعمال المجتهدين ـ على نحوٍ يضمن المطابقة بينها وبين أحكام الشريعة وأصولها ظاهراً وباطناً، ولاسيَّما باعثاً ومقصداً، حفاظاً على غايات التشريع ومقاصده الأساسية.

وفي هذا المعنى يقول الأصولي المحقق الإمام الشاطبي ما نصُّه: «كلُّ من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، وكلُّ من ناقضها فعملُه في المناقضة باطلُ، فما يؤدِّي إليه باطل».

ويؤكِّد هذا المعنى في موضع آخر، حتى يكون المكلَّف قاصداً عيْنَ ما قصده الشارع، إذ يقول: «قَصْدُ الشارع من المكلَّف أنْ يكون قَصْدُه في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة، إذ قد مَرَّ أنَّها موضوعةٌ لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلَّف أن يَجْريَ على ذلك في أفعاله، وأنْ لا يقصد خلافَ ما قصده الشارع»[1].

---

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٣٣).

ومن هنا نشأت «نظرية الباعث» التي لم يكتشفها التشريع الوضعي إلّا في العصر الحديث، وقد سمّاها «نظرية السبب الحديثة». والاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، كان له فضل السَّبق في استنباطها على نحو كليٍّ واسع، جعلها تنبسط بظلّها على جزئيات وقوعية، ومعاملات جارية في المجتمع لا تُحصى كثرةً، مما يقيم الدليل البيِّن على اعتبار الجزئي بالكلية، واعتبار الكلي بالجزئي، كيلا يقع التخالف المحظور شرعاً ـ كما قدّمنا ـ فضلاً عن أنها نظرية جاءت توثيقاً وحماية لمقاصد التشريع.

هذا بالنسبة للتطبيق الذي ينهض به المكلفون عامة، امتثالاً لأحكام التشريع، وتنفيذاً لها. أمّا بالنسبة للمجتهد بوجه خاص، فإنَّ عليه أن يحدِّد «المقصد الشرعي» في حكم كلِّ مسألةٍ على حِدة، ليتمكَّن من تبيُّن صحَّة أو دقة اندراجها في المقاصد العامة للتشريع التي اتجهت جملةُ التكاليف إلى تحقيقها، اعتباراً للجزئيِّ بالكليِّ، وهذا لون من الجهد العقلي الاجتهادي الذي يجعل صاحبَه حريّاً أن يتبوَّأ منزلةَ القائم مقامَ النبي ﷺ على ما أشار إليه الإمام الشاطبي وغيره من الأصوليين المحققين بقوله: «يبوِّئ الله عز وجلَّ حاملَ الشريعة مكاناً عليّاً في الدنيا والآخرة، فَتُدْرج النُّبوءَةُ بيْنَ جَنْبَيه، وإنْ لم يكن نبياً»، ونحو هذا مروي عن الصحابي الجليل عبد الله بن عمر[1].

ق ـ الاجتهاد بالرأي بما تستلزمه أمور مشتقة من أوضاع القرآن الكريم اللغوية منها والبيانية التفسيرية بوجه خاص، بحيث لا ينْفك عنها بحال، وإلّا لما استقام التكليف، ولا التنفيذ، قد أضحى فرضاً دينياً معلوماً من الدين بالضرورة، كسائر فرائضه تعالى التي ابتلى بها عباده، فضلاً عن كونه مطلباً ضروريًا حيويًا، لتغطية الوقائع والأحداث[2] المتجدِّدة التي لا تنتهي، وليستقيم به التكليف، ويتم التنفيذ الذي تنتظم به شؤونُ الحياة على أقوم سبيل وأكمل نظام.

نخلص من هذا ـ على ضَوْءِ ما قدّمنا ـ إلى أنَّ الاجتهاد بالرأي، تستلزمه أمورٌ لا

---

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٣١).

(٢) «الموافقات»: (٣/ ٣٧١).

يمكن أن ينْفك عنها بحال عقلاً وواقعاً، مما يجعله مطلباً ضرورياً وحيوياً، فضلاً عن كونه فرضاً دينيّاً كسائر فرائضه تعالى، إذ لا يستقيم أمرُ التكليف ابتداءً، ولا التنفيذ انتهاءً إلّا به، وما لا يتمّ الواجب إلّا به فهو واجب. وتلك الأمور التي فصلناها آنفاً، نلخصها بإيجاز فيما يلي:

أولاً - الوضع البياني للقرآن الكريم من حيثُ إن معظم نصوصه المبيِّنةِ للأحكام ظنيّةٌ «غيرُ قاطعة الدلالة على معانيها، فلا بدَّ من الاجتهاد بالرأي بداهةً، لتعيين المعنى المراد من النص من بين معانيه المحتملة، إذْ من المعلوم قطعاً أن لكل واقعةٍ حكماً واحداً لا غير، على المجتهد أن يتحرَّاه ويتبيَّنه، ولا يجوز أن يكون لها حكمان متخالفان، لأنّ هذا تكليف بما لا يطاق، ولا يعقل وقوعه من الشارع للتناقض، ولا يستقيم بالتالي أمرُ التنفيذ لتعذره في هذه الحال، كما أسلفنا.

ثانياً - إن منهج القرآن الكريم نفسه، في بيانه للأحكام، جاء على نحو كلّي غالباً، والكليُّ من حيث هو كلي لا تحقق له في الخارج، لكونه مفهوماً ذهنيّاً مجّرداً، ولا يمكن تطبيقه كليّاً، فلا بدٌ لتنزيله على الوقائع الجزئية التي يتحقق فيها مناطه من الاجتهاد بالرأي، فضلاً عن وجوب مراعاة المجتهد الظروفَ المحتفَّة وتقديرها، لتشكيل الوقائع فقهيّاً، أو تكييفها شرعاً بالاجتهاد بالرأي.

ثالثاً - إنّ كثيراً من آي القرآن الكريم، قد ثبت قطعاً أنّ الرسول ﷺ لم يتولّها بتفسيره وبيانه، ليُعْلَم وجهُ الحق فيها مع أن الرسول ﷺ مأمورٌ بالبيان، لقوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ...﴾ [النحل: ٤٤]، ولأن البيان والتفسير نوع من التبليغ، والرسولُ مأمور به أيضاً لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغْ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ مِن رَّبِّكَ وَإِن لَّمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُۥ...﴾ [المائدة: ٦٧] فولا أن الله تعالى قد قصد أن يَتْرِكَ ذلك القسمَ الكبير من القرآن الكريم للمجتهدين، ليفسروه باجتهادهم في كلّ عصر، لأَمَرَ الرسول ﷺ ببيانه، إذْ ليس من المعقول أن يَتْرِكَ الرسول هذا القسم دون بيان بمحض إرادته، وليس جائزاً في الشرع، بل ولا مُتصوَّراً أن يخالف الرسولُ عن أمر ربه بالبيان والتفسير والتبليغ، وألّا يصدع بأمر ربه، والله تعالى يقول: ﴿فَٱصْدَعْ بِمَا تُؤْمَرُ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [الحجر: ٩٤].

يتبين من هذه الأدلة أن الاجتهاد بالرأي قد أضحى ـ في التشريع الإسلامي ـ أمراً مفروضاً، بل من المعلوم في الدين بالضرورة ـ كما نوهّنا ـ كيلا تتعطل الأحكام الكثيرة التي يمكن استنباطها بالاجتهاد بالرأي، من القسم المتروك بيانُهُ في القرآن الكريم، بوجه خاص، وهذا التعطيل مآلٌ محرَّمٌ المصيرُ إليه قطعاً لوجوب تمام التكليف الصادر عن الوحي، وبيانه وتبليغه، وتنفيذه عملاً، وفْقاً لأوامر الله عزَّ وجلَّ.

رابعاً ـ إن تمام التكاليف الصادرة عن الله تعالى وحياً، والتي أفرغت في نصوص تتضمّن أحكاماً كليةً وجزئيةً، محصورةٌ مقررةٌ لا تزيد ولا تتكاثر لانقطاع الوحي، وكمال الرسالة، ولكن الوقائع المستجدة ـ بحكم التطور المستمر الذي هو سُنَّةُ الحياة، وعمادُ بقائها ـ لا تنتهي، ومن غير المعقول أنْ يدْخل ما لا يُحصر ولا يتناهى فيما هو منحصرٌ ومحدود، فلزم عن ذلك حتماً الاجتهادُ بالرأي في هذه النصوص لاستثمارها مدلولاً ومعقولاً وروحاً عاماً وقواعدَ، ومقاصدَ ليمكن استمداد الأحكام التي تفي بحاجات الناس المستجدة، لزوماً حتمياً ـ كما قلنا ـ لا محيص عنه، ويؤيِّدُ ذلك خصائصُ النصِّ القرآني نفسه التي نجملها فيما يلي:

أ ـ سَعَةُ المفاهيم التي جاءَت بها نصوص القرآن الكريم، مُعَلَّلةً أحكامها الكلية والجزئية.

ب ـ صياغتُه المعجزة التي جاءَت على نحو يحفظ ديمومة الحكم.

ج ـ عالميَّة أحكامه التي خوطب بها الإنسان من حيث هو إنسان حيثما كان، بما روعيَ فيها ما يطابق مقتضيات فطرتِهِ في التكليف، كيلا يجد عَنَتاً أو غناءً عنها بحجة عدم الحاجة إليها، أو أنها تناكر مقتضياته الفطرية، أو مصالحه الإنسانية الحقيقية.

د ـ إنسانيةُ قِيَمِهِ التي تمتاز بالسمو والشمول والثبات، على الرغم من «التغيُّرات» البيئية، لأن هذه «القيم» تضمنتها نصوصٌ قاطعة الدلالة التي تجعلها من «الثوابت» لتعلّقها بمصالح إنسانية ثابتة، هي جديرة بالهيمنة على الحياة الإنسانية، مهما طال الزمان، وإلّا فقدتْ هذه الحياةُ معنى إنسانيتها، وأُفرغت من محتواها، فكانت «ثوابت» تحمل في معناها عناصر بقائها واستمرارها أبدَ الدهر ما دام في الدنيا إنسان.

أمّا «المتغيرات» فهي تلك النصوص التي جاءَت في صيغ غير قاطعة الدلالة، أو «الظنية» على النحو الذي بيّنا، لأنها تعمد «مصالح متغيِّرة» غير ثابتة، ولهذا أمكن القول، بأنَّ من عوامل استمرار الشريعة، وصلاحيتها للبقاء والحكم في كلِّ زمان ومكان، أنها جاءَت بعنصرين في نصوصها:

أ ـ النصوص التي تتضمّن الثوابت

ب ـ النصوص التي تتضمّن المتغيِّرات.

هذا، ومجال الاجتهاد في الأُولى، إنما هو في «التطبيق» على الوقائع بظروفها وملابساتها، حيث يكون للظروف أثرٌ بالغ يرعاه المجتهد، لكونه ـ كما قدّمنا ـ عاملاً يشكِّل الوقائع فقهيّاً، أو يكيِّفُها تكييفاً شرعيّاً، وللاجتهاد بالرأي فيه مجال كبير، فضلاً عما في ذلك من خصيصة الواقعية التي امتاز بها هذا التشريع.

أمّا مجال الاجتهاد بالرأي في الثانية، فهو أوسعُ وأرحبُ أفقاً، لأنه يتّجهُ إلى ناحيتين:

الأولى ـ الاستنباط للحكم الملائم للواقعة، حيث يُستنبط من النص الظني لا القطعي.

والثانية ـ الاجتهاد في التطبيق على النحو الذي قدمنا.

ومحالٌ أن يتم ذلك إلّا بالاجتهاد بالرأي، لأن استيعاب النصوص المنحصرة، المتناهية لما لا ينحصر ولا يتناهى من الوقائع المتجدّدة، أمرٌ في حيِّز المحال ـ كما أسلفنا ـ وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «إنَّ الوقائع في الوجود لا تنحصر، فلا يصحُّ دخولُها تحت الأدلة المنحصرة، ولذا احتيج إلى فتح باب الاجتهاد من القياس وغيره[1] فلا بدَّ من حدوث وقائع لا تكون منصوصاً على حكمها، ولا يوجد للأولين فيها اجتهاد (أي بحكم تطور الحياة حسب تطور الفكر الإنساني المبدع).

ويتابع الإمام الشاطبي، إقامة الدليل القاطع على وجوب الاجتهاد بالرأي في كلِّ

(١) إذ لا يجوز شرعاً خلوّ الوقائع عن الأحكام في أي عصر.

عصر، وإلّا لزم أمران كلاهما محرَّمٌ، لما يؤدِّيان إلى الفوضى والفساد، واختلال نظام الأمة، وانخرام أحكام التكليف أو تعطيلها، وحلول هيمنة الهوى، فيقول: «فإما أن يُترك الناس فيها[1] مع أهوائهم، أو يُنظر فيها بغير اجتهاد شرعي، وهو أيضاً اتباعٌ للهوى، وذلك كلُّه فساد، فلا بدّ من التوقف[2] لا إلى غاية «الجمود» وهو معنى «تعطيل التكليف» لزوماً، وهو مؤدٍّ إلى تكليف ما لا يُطاق (وهو مُحال)، فإذن لا بدَّ من الاجتهاد في كلِّ زمان، لأن الوقائع المفروضة[3] لا تختص بزمان دون زمان[4].

هذه النتيجة الهامة التي انتهى إليها الإمام بمنطقه الشرعي والعقلي، من أن الاجتهاد بالرأي، أمرٌ لازم لا بدَّ منه في كلِّ زمان، لأن تجدد الوقائع، ليس وَقْفاً على زمن دون آخر، هذه النتيجة تُثْبت أنَّ استمرار وجوب الاجتهاد بالرأي وأبَدِيته، عقلاً وشرعاً. أقول: «هذا الاستمرار في الفرضية مسايرٌ لسُنَّة الحياة الإنسانية في التطور، نتيجةً للفكر الإنساني المبدع المتأصِّل في الفطرة الإنسانية التي جاءت الشريعة مطابقة لمقتضياتها فعلاً»[5]، وصدق الله تعالى، إذ يقول: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًاۚ فِطْرَتَ ٱللَّهِ ٱلَّتِي فَطَرَ ٱلنَّاسَ عَلَيْهَاۚ لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ ٱللَّهِۚ ذَٰلِكَ ٱلدِّينُ ٱلْقَيِّمُ . . .﴾ [الروم: ٣٠] لكونه أُنزل على قَدْر الفطرة، وعلى وفْق مقتضياتها، وإلّا كان «التوقف إلى غير غاية» ـ على حدِّ تعبير الإمام الشاطبي ـ وهو الجمود بعينه، فضلاً عن إفضائه إلى الفوضى والفساد، بتعطيل التكاليف والأحكام، وهو مصيرٌ محرَّم المصير إليه، فوجب الاجتهاد بالرأي اتقاءً من الوقوع فيه.

---

(١) أي من المصادر الأخرى، من مثل الاستحسان والاستصلاح (المصالح المرسلة) والعرف، وسد الذرائع، والاستصحاب، وهي مصادر واسعة مرنة تقدر الشريعة على استيعاب كل ما يجدّ ويطرأ.

(٢) أي وهو الجمود القاتل.

(٣) أي الوقائع التي افترضنا وقوعها وحدوثها فعلاً.

(٤) «الموافقات»: (٤/ ١٠٤)

(٥) لا مجال لعرض القضيَّة الخلافية عند الأصوليين التي مؤدَّاها: «هل يجوز أن يخلو عصرٌ من مجتهد، إذْ قد انهارت هذه القضية من أساسها لأن الأدلة القاطعة، وطبيعة التشريع الإسلامي قاض بخلاف ذلك».

على أن الاجتهاد بالرأي، المفروض أبد الدّهر، مساوقةٌ لسنة الحياة في التطور، وسنّة الإبداع الفكري المتأصّل في فطرة التكوين الذي نشاهدُ مظاهِرَهُ في التقنية الحديثة كلَّ يوم، أقول: «المفروض أبد الدهر، كسائر فرائض الدين، في العبادات وغيرها، قد وَجَدَ هذا الاجتهاد مجالاً خصباً في الشريعة، ليؤدِّي وظائفه فيها، تمكيناً له من «تحقيق ذاته الفطرية»، وذلك المجال الخصب قوامه العناصر والخصائص التي امتازت بها الشريعة نجملها فيما يلي:

ش ـ العناصرُ المستقرة في التشريع الإسلامي وخصائصه، تستلزم ـ بطبيعتها ـ وجوب إقامة مرفق الاجتهاد بالرأي من أهله في كل عصر لتدبر شؤون الحياة الإنسانية على أكمل نظام بما يليق بمفهومها ومُثُلها وقيمها، ويضمن استمرارها وتقدمها وازدهارها على وجه هذه الأرض إلى الزمن المقدَّر لبقاء هذا العالم:

أولاً ـ سَعَةُ المفاهيم التي تضمنتها نصوص القرآن الكريم، حيث اتخذت منهجاً كلياً، لا جزئياً تفصيلياً، كما نوهنا.

ثانياً ـ تعليل كثير من الأحكام المنْصُوصة في القرآن الكريم، حيث جاء هذا القدرُ من الأحكام مقروناً بالعلل التي تفسر معقوليَّتهُ، وتبين «الحكمة» التي من أجلها شرع كلُّ حكم، وظاهرة التعليل هذه، شاملة للأحكام الكلية، والأحكام الجزئية على السواء، إرشاداً للمجتهدين ـ كما أسلفنا ـ إلى ضرورة بناء الأحكام الجديدة للوقائع الطارئة المستجدة التي جاءت خلواً من النصوص والأحكام، على أساس علل تلك الأحكام المنصوصة، قياساً عليها، إذا تحققت تلك العلل فيها، وهذا هو القياس الأصولي الذي يعتمد الاجتهاد بالرأي في تعميم الأحكام تعميماً عقلياً يصون وحدة منطق التشريع، وفي هذا مجال للاجتهاد بالرأي أيُّ مجال[1].

ثالثاً ـ منهج القرآن الكريم في تشريعه للأحكام، جاء على نحو كليٍّ ـ كما أسلفنا ـ إلّا في القليل، فلم يُوغلْ في التفاصيل، وذلك ليترك للمجتهدين مجالاً واسعاً لتنزيل

(١) راجع كتاب «التيسير على التحرير»: (١/ ٣٦٠ وما بعدها).

هذه الكلّيات على الوقائع الجزئية، وتقدير الأمور حسب ما تقتضيه مصالح الناس، لما فيه من مرونة تعتبر من أفضل خصائص التشريع ـ أي تشريع ـ في عصرنا هذا، لأنها تجعله أكثر قابليةً للاستجابة لتطور الأحداث وتجدّدها، ولو انتحى القرآن الكريم منحى الإيغال في التفاصيل، لاستعصى على الاستجابة لما تقتضيه المصالح المتجددة من أحكام، أثراً لتقييد الأحكام التفصيلية بأحوال معينة، وهذا الملحظ، هو الذي دعا بعض فقهاء القانون الوضعي في العصر الراهن، إلى تفضيل القانون السويسري الذي انتهج منهج الكليات في تقريره للأحكام حيث يقول: «فالقانون المقرِّر للمبادئ، مَرِنٌ متطور، وعلى العكس منه، القانون المغرق في التفاصيل». هذا مؤدّى كلام الدكتور السنهوري، وإليك نصه:

إنّ كثيراً من غير السويسريين معجبون بهذا القانون ـ أي القانون السويسري ـ ومنهم الأستاذ «جوسران» (الفقيه الفرنسي المعاصر) حيث يقول (إن التقنين السويسري، قد فاق التقنين الألماني، من وجوه كثيرة، فهو أكثر مرونةً، وأقلُّ صبغةً فقهية، وأكثر قبولاً للأفكار الحديثة في المساواة، والتضامن الاجتماعي، وهو لم يحاول أن يُوجِدَ حلًّا لكلِّ فرض، بل ترك للقاضي، وللفقيه (المجتهد) حريةً واسعةً في التقدير، وفي الاجتهاد، واكتفى (بالمبادئ العامة)، فأمَّن بذلك أن يُشَلَّ تشريعُهُ من تطور القانون[1].

رابعاً ـ القيم العليا الثابتة، والإنسانية الشاملة مما يعتبر كلٌّ منها مناراً مُشّعاً يهدي السالكين مسالك الاجتهاد بالرأي لاستنباط الأحكام، لكل ما يجدُّ من الوقائع، وما تقتضيه مصالح الأمة في كافة نواحي حياتها، وما تفتقر إليه مرافق الدولة من أحكام، ونظم، وإجراءات رشيدة تدور كلُّها في فلك «القيم الإنسانية».

خامساً ـ عالمية أحكام الشريعة غير مقيدة بمصالح إقليم معين، أو شعب، أو أُمة، وإنما قررتها نداءات إلهية موجَّهة إلى الإنسان العام حيثما كان، بحيث تستجيب لمقتضياته الفطرية من حيث هي، فلا عنصرية، ولا إقليمية، ولا عصبيَّة، فكانت لذلك

(١) راجع مقال الدكتور السنهوري ـ مجلة القانون والاقتصاد ـ السنة السادسة، ص٥١.

أحكاماً مطلقة من حيث مُتَعَلّقُها، وهو الإنسان العام، فكانت لذلك أحكاماً تقضي على كافة مناشئ الصراع العاتي في كلِّ زمن، ومعظمها عنصري، وأناني مسرف ـ كما نعلم ـ وهذه الخصيصة التي تميزت بها أحكام الشريعة، تمدها بالقابلية للاستجابة لكلِّ ما تقتضيه المصالح الإنسانية، في كلِّ بيئة وعصر.

سادساً ـ مرونة مصادر التشريع الإسلامي: الأصلية منها، والتبعية، وأقصد بالتبعية المصادر التي تستمد منها الأحكام لِمَا لم يرد فيه نصٌّ، من مثل القياس، والاستحسان، والاستصلاح، وسدّ الذرائع، والعرف الصحيح، وأصل الحل العام، أو الإباحة الأصلية، وأصول سياسة التشريع، ولا يتسع المجال لإفاضة القول في هذه المصادر الخِصْبة، لا تجدُ لها نظيراً في أي تشريع آخر، ولا سيما ما يسمى «بالمصالح المرسلة» و«سياسة التشريع» التي تتجه كلُّها إلى تحقيق مقاصد الشريعة في مفاهيمها الكلية في مراتبها الثلاث، من الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات التي تشمل كلَّ ما يحتاج إليه الناس، في كلِّ مجتمع، وفي كل عصر، لأنها ثابتة بالاستقراء التام الذي يفيد اليقين. ولهذا، اشترط الأصوليون شرطاً أساسيًا وأوّليّاً، هو:

ـ أن يكون المجتهد عالماً بمقاصد الشريعة، متفهماً لها، مدركاً لكلياتها وجزئياتها، شرطاً أساسيًا لارتقائه درجة الاجتهاد. أمّا ما اشترط غير هذا من شروط، فهي ثانوية، وخادمة لهذا الشرط الأساسي الأوّل، ليتمكن المجتهد من النهوض بعبء الاجتهاد والاستنباط في ضوئها، لا يحيد عنها، ولا يناقضها، لما في ذلك من مناقضة لأصول الحياة الإنسانية الفاضلة التي تنهض عليها.

ولا ريب أن الاجتهاد بالرأي في أدق معانيه وأرقاها، هو الذي يقيم الاعتبار الأول لمقاصد الشريعة.

وفي هذا المعنى، يقول الإمام الشاطبي ما نصُّهُ: «إنّما تَحْصُلُ درجةُ الاجتهاد لمن اتصف بوصفين:

أحدها ـ فهم مقاصد الشريعة.

الثاني ـ التمكُّن من الاستنباط، بناءً على فهمه فيها ـ أي فهمه للمقاصد في مراتبها

الثلاث ـ ثم يعلل الإمام الشاطبي مسوّغ أوليّة هذا الاشتراط، وجوهريته الأساسية، حيث يقول:

أما الشرط الأول، فقد مرَّ في كتاب المقاصد[1]، أن الشريعة مبنية على اعتبار المصالح. واستقرَّ بالاستقراء التام أنَّ المصالح على ثلاث مراتب.

وأما الشرط الثاني: فهو كالخادم للأول، فإن التمكُّن من ذلك (من الاستنباط) إنما هو بواسطة «المعارف» المحتاج إليها في فهم الشريعة أولاً. ومن هنا، كان خادماً للأول».

أقول: وتعليل ذلك أنَّ فهم مقاصد الشريعة التي تتجه إلى تحقيقها جملةُ التكاليف، لا بد ـ ليتم هذا الفهم ـ من معارف، إذ بواسطتها يتوصل إلى إدراك مقاصد الشريعة إدراكاً عميقاً وتاماً، لتوقفه عليها، وهذه المقاصد من السعة والشمول، بحيث تستوعب المصالح الدنيوية والأخروية معاً، مهما امتدَّ بالناس الزمن.

أما حقيقة هذه «المعارف» التي هي شرط تالٍ للأول الذي هو الأساس، فإن تفصيل القول فيها لا يتسع له هذا المقام، ولكن هذا لا يمنع من أن نشير إلى أهمها وأبرزها بإيجاز شديد.

الأول ـ العلم باللغة العربية وخصائصها في البيان، مما يشمل البلاغة بجميع وجوهها، باعتبار أن القرآن الكريم قد جاء على أسمى طراز من البيان البليغ المعجز.

الثاني ـ العلم بأصول الفقه باعتباره المنهج العلمي للاجتهاد التشريعي الذي يعصم المجتهدين من الوقوع في الخطأ في الفكر ويُقْدِرُهم على الإحاطة بالخطط التشريعية التي ينبغي أن يلتزمها المجتهدون أثناء عملية الاجتهاد والاستنباط والتطبيق على السواء، ولهذا يجب إتقان هذا العلم.

الثالث ـ العلم بآيات الأحكام وسائر النصوص من السنة الثابتة المتعلقة بها.

---

(١) أي في المجلّد الثاني من كتابه: «الموافقات في أصول الشريعة» ص٥ وما يليها، حيث فصّل «مقاصد الشريعة» بوجه خاص تفصيلاً واسعاً شاملاً، لم نر غيره من الأصوليين من تناول هذا الموضوع على هذا النحو من العمق والشمول والبيان والتمثيل.

الرابع ـ وجوب العلم بالناسخ والمنسوخ الملغى من الأحكام، حتى لا يعمد المجتهد إلى الحكم الملغى، فيظنه مشروعاً، واجبَ العمل به، أو يجعله أصلاً في القياس مثلاً، أو يعتمد على ما بني عليه من علة، لأن إلغاء الحكم إلغاءٌ لعلته.

الخامس: العلم بأسباب النزول، وهي التي تعكس لنا الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي كانت سائدة قبل التشريع الإسلامي، ويمكن حينئذ تصور ما أحدثه الإسلام من الحياة الجديدة، وإدراك مدى البون الشاسع الذي يميز بين حياة ما قبل الإسلام وما بعده.

أضف إلى ذلك، أنّ «أسباب النزول» تُعين المجتهد بالرأي على تفهم معنى النصوص، باعتبار أن هذه الأسباب قرائن أو ظروف تاريخية مقترنة تُلقي الضوءَ على معنى النص، دون أن تقوى على تخصيص عموم حكمه، استناداً إلى خُصوص سبب تشريعه، لأن هذا يتنافى مع مراد الشارع حين عَمَّم الحكم على الرغم من علمه بخصوص سببه.

السادس ـ العلم، أو الخبرة بشؤون الحياة العامة، والوقوف عن كَثب على ما يجري فيها من وقائع، وما تعانيه من مشاكل وقضايا تتطلب حَلّاً شرعيّاً، ولاسيما «القضايا العامة» التي يتعلَّق بمصيرها، لأنّ الأُمة الإسلامية تتطلَّع دوماً إلى ما يُمدُّها بالحلول الناجعة لقضاياها ومشكلاتها في ضوء أحكام الإسلام، حتى تعيش إسلامها ودينها وعقائدها ومثلها.

هذا، وعلى المجتهد بالرأي أن يعيش هموم مجتمعه وأمته، لقوله ﷺ: «**مَنْ لم يهتمَّ بأمر المسلمين فليس منهم**»[1]، حتى إذا كان المجتهد في مَعْزِلٍ عن العصر الذي يعيش فيه، فقد انسلخ عن الأمة، والمنسلخ عن الأمة، يكون بمعزل عن الدين، لأن الدين هو الحياة، هذا شيء، وشيء آخر كيف يمكن أن يضطلع المجتهد بمهمته يواجه

---

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٧٤٧٣، وفي «الصغير»: ٩٠٧، والحاكم: (٤/ ٣٥٢)، من حديث حذيفة .

مشاكل أمَّته مواجهةَ حقيقيَّةً، ويجتهد في تدبير شؤونها، وإمدادها بالحلول الشرعية، وتوجيهها إلى «حقائق» الدين وهو بمعزل عنها؟

هذه هي أهم «المعارف» التي ينبغي أن يحيط المجتهد علماً بها[1].

وجامعاتنا اليوم كفيلة بتأهيل المجتهدين علمياً كسائر المتخصصين ووسائل الاجتهاد اليوم متيسرة كثيراً عن ذي قبل بما لا يقاس، أما غيرها من الخبرات والمعارف التي تدخل في عناصر تشكيل الحكم الاجتهادي، أي مما يتوقف عليه استنباطه على وجه صحيح، ولكنها «معارف» تخرج عن دائرة العلوم الشرعية بالنسبة إلى المجتهد، فكانت من غير مادة الاختصاص، من مثل علم الطبِّ، وعلم الزراعة، وما أشبه. فهذه يمكن أن يُسأل عنها أَهْلُ الاختصاص، علماً بقوله تعالى: ﴿... فَسْئَلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣]، فالتعاون العلمي مفروض بنص هذه الآية الكريمة.

الزعم بأن باب الاجتهاد قد سُدَّ، قولةٌ ظالمة أشاعها أعداءُ الإسلام، تثبيطاً للهمم، وتخذيلاً للأمة الإسلامية لاطِّراح فريضةٍ من أهم فرائض الدِّين، ليعتريهم الجمود والتخلُّف، والعجز عن مواكبة تطور الحياة، وليفتقروا ـ آخر الأمر ـ إلى ثقافة الأُمم الأجنبية المناقضة لثقافتنا في كثير من أصولها، ولاسيما أصول الإسلام في تشريعه العظيم الخالد.

بعد الذي قدمنا من الأدلة القاطعة على وجوب الاجتهاد بالرأي في كلِّ زمن، وبيَّنا ـ بإسهاب ـ الوجوهَ المسوِّغةَ بل المقتضيةَ لاستمرار وجوب تحقيق هذه الفريضة في كلِّ عصر عقلاً وشرعاً ـ على النحو الذي رأيت ـ نرى أنه قد أضحى من سُخْفِ القول بأنَّ الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي قد سُدَّ بابه، بل ومنذُ أَمَدٍ بعيدٍ، لما يترتب على هذه المقولة الباطلة من «مآلات» هي على النقيض مما جاءت به الشريعة، من أصول، وأحكام، وقواعد، ومقاصد، لتدبِّرَ شؤون الأمة الإسلامية من جهة، بل ولتفسِّر أيضاً غاية الوجود البشري على وجه الأرض.

---

(١) «الموافقات»: (٤/ ١٠٤ وما بعدها).

ولعل الإجابة الأصولية المُفْحمة التي يمكن أن تُوجَّه إلى مثل هذا الزعم الباطل، والمحرَّم، لأنَّه يُسَاوِي الصدَّ عن سبيل الله وابتغاءَها عِوَجاً، نجملها فيما يلي:

أ ـ أنَّ الاجتهاد بالرأي هو «قسيم الوحي» على التحقيق ـ كما بيّنا ـ وذلك ثابت بالدليل القاطع، لكون «الوحي» نفسه مفتقراً إليه كافتقار الاجتهاد إلى الوحي سواءً بسواء، فكانا لذلك صِنْوَينِ، لا يُتَصَوَّر انفكَاكُهُمَا بحال.

ب ـ وأيضاً، إذا كان الاجتهاد بالرأي من أهمِّ فرائض الدّين التي ابتلى الله بها عباده، لثبوته بالأدلة القاطعة، حتى صار أمراً معلوماً من الدّين بالضرورة ـ كما نوهنا ـ فإنَّ القول بإسقاط هذه الفريضة، أو سدّ باب العمل بها، يعتبر «كبيرةً من الكبائر» لما يترتب عليه من تعطيل أحكام التكليف، لما يجدُّ من الوقائع التي لا تحصى كثرةً، وخلوِّها من الأحكام، وذلك يورث العجزَ عن تدبير الأمر في القضايا الكبرى التي تنزل بساحة الأُمة.

ولا جَرَمَ أنَّ تعطيل شرعِ الله عمداً، يساوي نسخَه وإبطالَه، وإلقاءَ الأمة في مراغة التخلُّف والفساد والفوضى، وهذا مُنافٍ لأصول الشريعة ومقاصدها الأساسية، وكل ذلك من كبائر الإثم.

ج ـ هذا، ومما ينقضُ هذا الزعم الباطل من أساسه، الواقعُ التاريخي لحياة الأمة الإسلامية، بعد وفاة الرسول ﷺ حيث نهض الصحابةُ ـ رضوان الله عليهم ـ بالاجتهاد الإسلامي ـ شرقاً وغرباً ـ وانبساط هيمنة الدولة الإسلامية على كثير من بقاع الأرض، حيث اتخذ علماء الصحابة منهج الاجتهاد الاستصلاحي القائم على الاعتداد بمصالح الأمة المتجدِّدة ـ رعايةً وتنميةً وحفظاً ـ تدبيراً عمليّاً وواقعيّاً لشؤون الدولة الفتيَّة، ولاسيما إمام أهل الرأي عمرُ بن الخطاب رضي الله عنه.

هذا المنهج الاجتهادي الاستصلاحي، في عصر الصحابة، قد ازداد تأصُّلاً ورسوخاً في القرنَيْن التالِّيين: الثاني والثالث الهجريين[1]، وجزء من القرن الرابع،

(١) المؤتمر الأول لمجتمع البحوث الإسلامية، بحث للأستاذ فاضل بن عاشور ص٥١.

حيث اتجه الاجتهاد بالرأي لا إلى استنباط الفروع فحسب ـ تلك الفروع التي تمس الحاجة الملحَّة إليها ـ بل اتجه ـ فضلاً عن ذلك ـ إلى تأصيل الأُصول، وهذا النوع الأخير من الاجتهاد بالرأي هو الذي يمكن القول بأنه انقطع بعد هذه القرون، ولم يَعُدْ يضطلع به مجتهد، ولكن تقاعساً وتراخياً، وقصورَ همَّةٍ، لا أثراً لسدِّ بابه، وإسقاط فرضيَّته، فالفرق بيِّن.

د ـ **إجماع الصحابة** وهو من أقوى الإجماعات حجَّةً، كذلك إجماع التابعين ومن بعدهم، منعقدٌ على وجوب إقامة هذه الفريضة، وهي من الفروض الكفائية عل الأمة قاطبةً في كلِّ عصر، ومخالفةُ الإجماع محرَّمة قطعاً، لأنها تساوي مخالفة المقطوع به من القرآن الكريم، وذلك كُفْرٌ بَواح، وبيان ذلك:

أنّ من ادعى سقوط هذه الفريضة، وأجاز لنفسه القولَ بسدِّ باب الاجتهاد، فعليه أن يأتي بالأدلة التي تنسخ الأدلة القاطعة التي ثبتتْ بها هذه الفريضة أولاً، وهذا محالٌ، لأن إجماع الصحابة ومن بعدهم، قد انعقد على قيامها، بعد وفاة الرسول ﷺ. ومعلوم أن لا نَسْخَ بعد وفاته، كما لا يجوز مخالفة الإجماع من جهة أخرى، ولأن إنكار الإجماع القاطع سبيل الكفر، كما هو معلوم.

كان الاجتهاد بالرأي إذن، في عهد الصحابة، أصلاً تشريعيّاً، ولكنه فروعي، يلبِّي حاجة الدولة الجديدة في جميع مرافقها، وغالباً ما كان اجتهاداً جماعياً أساسه الشورى، ثم ما لبث أن اتخذ مجالاً واسعاً جدّاً في القرنين الثاني الثالث، وطرفٍ من الرابع، تأصيلاً وتفريعاً، مما يُنبئ عن قيام حركة تشريعية، وفكرية، وعلمية باهرة، آذنت ـ فيما بعد ـ بفتحٍ جديد لعالم من التشريع جدَّت فيه ظاهرة الابتكار للفقه الافتراضي، بعد سَداد حاجات الدولة من الفقه الواقعي، تأصيلاً وتفريعاً معاً، وهو فقه احتياطيٌّ سابق لوقوع أحداثه، ووقائعه التي يتوقَّع حدوثها، ويمكن تطبيقه عليها، وهذا غِنى وثراءٌ في الجانب التشريعي للدولة يمكِّنها من تدبير شؤونها مستقبلاً تجاه ما عسى أن ينزل بساحتها من مشكلات وقضايا، دون عنتٍ أو حرج أو افتقار في هذه العصور المزدهرة تشريعيّاً، وحضاريّاً. بدا الاجتهاد بالرأي «قسيماً للوحي» يتبادلان

التعاون: الوحي بكلّياته وبمقرراته العامة، وأصوله الكلّية، ومقاصده الأساسية، والاجتهاد بالرأي تفهُّماً وغَوْصاً على أسرار التشريع، وتفريعاً على تلك الأصول في ظلِّ الظروف والأحوال الملابسة، بما يكفل مصالح الأمة وتقدمها ومنعتها، على أحكم نظام وأعدل تدبير. على أنه رافق هذا الاجتهاد بالرأي بمعناه الكامل، اجتهاد بالرأي في الفروع دون التأصيل، وهو ما سمِّي بالاجتهاد الاتباعي[1]، أي في الفروع دون الأصول، ثم بدأ عهد «التقليد» المطلق، فانهار بذلك صرح الإبداع الفكري الاجتهادي في الأعمِّ الأغلب، بانهيار «الشخصية العلمية الإسلامية» التي افترض الإسلام وجودَها في كلِّ عصر، مستخلصةً من الأمة كلِّها، وكان من نتيجة ذلك أن ضاعت مقوِّمات «الأصالة» فتبع ذلك بداهةً أن سادتْ الفوضى، وعمَّ الركودُ والجمودُ، وبدأ العكوف على الاجترار والاختزال والاختصار، وامتدَّ ذلك إلى عصرنا الحاضر، ما عدا فترات ظهر فيها وميضٌ من الفكر المبدع والاجتهاد الحق، والدعوة إلى التجديد، ولكنها كانت محدودة الأثر والنتائج، أعقب ذلك أن سادت ظاهرةُ «التعصب المذهبي» بعضَ أقطارنا الإسلامية، فكان نكبةً اعترتْ تلك الأقطار، إذ «التعصب» سبيلُ تجاهل «الحقائق» وداعية الانشقاق والتنازع في الميدان السياسي والاجتماعي، ومِعوَلُ هدم للأصالة، فتهافتتْ «معالم الشخصية العلمية الإسلامية الحقة» مما أدّى ـ آخر الأمر ـ إلى الجهل والتخلُّف والعجز، فتمسَّت الحاجة إلى ما عند الأمم الأخرى من شرائع وضعية تدبر الأمر في تلك الأقطار، وساعد على ذلك وقوعُها في براثن الاستعمار، ففُتح الباب لاستيراد شرائع وقوانين أجنبية، طوعاً أو كرهاً، وبقي معمولاً بها إلى عهد قريب، حتى منتصف هذا القرن، فضلاً عن دخول التيارات الثقافية الأجنبية، ولاسيما الغربية منها، مما ينافي أصولَ الإسلام، وشرائعَهُ، والمقوماتِ الأساسية للثقافة الإسلامية.

ولهذا، فإنا نرى أنَّ إحياءَ هذا المرفق الهام من الاجتهاد بالرأي في عصرنا هذا، فرضٌ كفائيٌّ من أهم فرائض الدين، كما هو في أصل تشريعه، كالعبادات، إنشاءً

(١) راجع: «الاجتهاد في التشريع الإسلامي» لسلام مدكور ص٩٨.

«للشخصية العلمية الإسلامية» من جديد، لتعودَ سيرتَها الأُولى التي بَدَت قويَّةً فعَّالةً على مسرح التاريخ في عصور الازدهار الإسلامية، شريطةَ أن نتفادى الأخطاء، وأسباب النكبات التي حَلَّت في المجتمع الإسلامي إبّان عصر التخلُّف والتقليد، جرَّاء فوضى ما يسمى بالاجتهاد الفردي غير المؤهَّل تأهيلاً كاملاً، مما سَهَّل اتخاذَه أداةً طيِّعةً لتلبية أهواء ورغبات بعض حُكّام السوء في تلك العصور المتخلفة.

هذا فضلاً عما أشرنا إليه من «العاهات» التي مُنِي بها المجتمع الإسلامي، يوم ساد فيه «التعصب المذهبي» ـ كما ذكرنا ـ فغشَّى على الأبصار والبصائر فقدتْ نور العلم الحق، بتجاهل «الحقائق» وتوريث الإِحن، والأحقاد، والتنازع، والفرقة، والانشقاق، والتخلُّف الفكري والاجتماعي، والسياسي، والاقتصادي، حتى جعلها بمعزلٍ عن ركب الحضارة فوق وقوعها في براثن الاستعمار الغاشم المتسلِّط.

وفي مراغة هذا «التخلُّف» الذي تعاقدت أسبابه في بعض أقطارنا الإسلامية، مسَّت الحاجة ـ حتى بعد استقلالها ـ إلى استيراد القوانين الوضعية الأجنبية الغريبة في أصولها عن أصولنا وقواعدنا، ومقاصد شريعتنا السماوية السَّمحة، وتسربَتْ تيارات الثقافات الأجنبية المنافية في كثير من أصولها لمقوِّمات ثقافتنا الإسلامية، فقضت على معالم أصالتنا.

لهذا كلّه، ولما للاجتهاد بالرأي من أثر بالغ في «تكوين الشخصية العلمية الإسلامية»، وبناء الأصالة، والتمكين من تدبير شؤوننا وقضايانا السياسية والاجتماعية والاقتصادية بأيدينا، شأن سائر الأمم والدول في العالم من حولنا، نرى ضرورة إقامة مرفق «الاجتهاد الجماعي» الذي يجب أن ينهض به علماء متخصصون على أرقى مستوى من التخصص العلمي الدقيق يؤهلهم للاضطلاع بهذه المَهَمَّةِ الكبرى، بما تمتاز به من دقة وحساسية، وأن تتوافر فيهم شروط المجتهد الكُفءِ، في ضوء مستويات ثقافة عصرنا، ولا يتمُّ ذلك ـ في نظرنا ـ إلا إذا تولَّت الدولة الإسلامية، إقامة «المجامع العلمية أو الفقهية» بصورة جادَّة، كما تتولَّى تنظيمها وتمويلها على غرار المجامع العلمية التي تقيمها الدول الأجنبية في بلادها، ليتفرغ المجتهدون للقيام

بمهمتهم تفرغاً كاملاً، لتُؤتي ثمراته اليانعة، وذلك بأن تطرح قضايا الدول الإسلامية الهامة على بساط البحث في هذه المجامع المتعاونة المخلصة، بل يُطرح كُلُّ ما ينزل بساحة هذه الدول من مشاكل، لتتناولَه هذه المجامع المتعاونة المخلصة، بل يُطرح كُلُّ ما ينزل بساحة هذه الدول من مشاكل، لتتناولَه هذه المجامع بالدراسة والتحليل، دراسةً متعمِّقة، في ضوء تعاليم الإسلام ومقاصده، وأن تتبادل الرأي في الحلول الشرعية التي يُفرزها الاجتهاد، بما تتسم به هذه «الحلول» من جديَّة، وعلمية، ومعقولية، وموضوعية، وشرعية، وليس ذلك بعسير، ولا متعذِّر، ما دام هؤلاء المجتهدون الذين يَتَولَّون أمر الاجتهاد في هذه المجامع، قد تأهلوا علمياً بما يرفعهم إلى مستوى الاجتهاد في أوسع معانيه، وأسمى مبالغه، ليواجهوا الحياة الإسلامية مواجهةً حقيقيةً وواقعيَّةً، بمشكلاتها، وقضاياها المطروحة، وبتقديرات جديدة، على ضوء الظروف الجديدة التي تلابسها، مما يستدعي بالتالي تجديد النظر الاجتهادي في كلِّ ما يطرأ[1]، وكيْلا يغدو الاجتهادُ تكراراً، أو اجتراراً لأحكام مدوَّنة قد سلفتْ في عصور غابرة، وذات ظروف تُغاير ظروفنا وأحوالَنا مغايرةً جذريةً.



(١) المرجع السابق.



ليس شيء أعزَّ على المجتهد بالرأي، من أن يدرك باجتهاد الأصولي القائم على المنهج العلمي في استنباط الحكم الشرعي، نصّاً أو دلالةً، من أن يصيب «موطن الحق» في كل مسألة تطرأ في عصره الذي يعيشه، أو بيئته التي هي مراحُ وجوه سعيه ونشاطه العلمي، وفي ظل ظروفها، ومشاكلها المتغايرة، والمتكاثرة، مستدلاً على ما يغلب على ظنه أنه الحق من عند ربه، بالأدلة الصحيحة المعتبرة التي تُسعفه في الوقوف عليه، باذلاً أقصى طاقته العلمية، بإخلاص وتجرُّد ونزاهة ضمير، وتفهمٍ عميق لمضمون تلك الأدلة، وعلم تامٍّ بما ترمي إليه من «مقاصد الشارع» بل وتبحُّرٍ في أسرار الشريعة، أُصولاً وفروعاً، اعتقاداً تامّاً منه، وراسخاً، أنّ الاجتهاد بالرأي ـ فيما ورد فيه نصٌّ، أو فيما لا نصَّ فيه ـ فريضةٌ كفائيةٌ محكمة على الأمة، ممثلةً في الدولة، أن تُهيِّئ الأسباب للقادرين على النهوض بها، بكفاءةٍ وإخلاص، لإمداد الأمة والدولة، بما يغطِّي حاجاتها المتنوعة، ومرافقها العامة، على اختلاف طبائعها، وخصائصها[1] ووظائفها الضرورية التي لا بدَّ منها، والخارجية المفتقَر إليها من حيث السَّعة استجابةً لمقتضيات سُنَّة التطور في الوجود الإنساني التي ينبغي أن تكون تلك الاستجابة جاريةً على أصول الشريعة[2]، ضماناً لهذا التطور أن يتجِّه إلى ما هو أفضل، باعتباره نابعاً أصلاً، مما فُطِر عليه الإنسان من التفكير المبدع الذي هو ثمرة لما هُيِّئَ له «العقل» من وظيفة هو مسؤول شرعاً عن أدائها، وتنميتها، باعتبار أن «العقل» مقصدٌ من المقاصد

---

(١) «مالك» للشيخ محمد أبي زهرة ص٤٤٩ .

(٢) «الموافقات»: (٤/٣٦٦).

الأساسية الخمسة المعروفة التي تتجه إلى تنميته والارتقاء بمستواه الفكري والعلمي، والمحافظة على أسباب سلامة تفكيره، واستقامة منطقه، لتفهم أحكام الشريعة ومقاصدها.

هذا، وأداءً لفريضة الاجتهاد فعلاً وواقعاً، فقد درَّب الرسول الأعظم ﷺ أصحابه على الاجتهاد بالرأي، ليكون طريقاً لهم، ومسلكاً ممهَّداً ينهجونه، إنْ في تفهُّم النصوص التشريعية، وتبيُّن ما ترمي إليه من غاية تنعكس على تحديد مجال تطبيق أحكامها، أو فيما لم يردْ فيه نصٌّ، اجتهاداً بالرأي، كما أسلفنا، لأن طبيعة أوضاع البيان في القرآن الكريم، تقتضي ذلك، ولأن الرسول ﷺ لم يفسِّر القرآن كلَّه توقيفاً، بل ترك قسماً كبيراً للمجتهدين الأكفياء، في كل عصر، لينهضوا بفريضة الاجتهاد في استنباط الأحكام فيما لم يبلغه تفسير الرسول ﷺ، إذ لا يمكن أن يبقى جزءٌ من القرآن الكريم دون تحليل، وتفسير، واستنباط، أو تأويل، فضلاً عن الاجتهاد في التطبيق، بما يكون للظروف الجديدة المحتفَّة بالواقعية من اعتبارٍ خاص لا يمكن تجاهله، أو إهماله، مما يُخرج الواقعة عن «مناطها العام»[1] الذي يستند إليه حكمُ الأصل في الأحوال العادية إلى «مناط خاص»[2] تقتضي حكماً هو أرجحُ من حكم الأصل بالنظر للظروف الاستثنائية ضماناً لمشروعية «مآل التطبيق»[3] وتحقيق الصالح العام الذي هو أمارة «العدل» في الحكم الاجتهادي الجديد، وهو ما أدركه الإمام الشاطبي ببصيرته الوقَّادة النافذة، إذ يقول: «النظر في مآلات الأفعال، معتبرٌ، مقصودٌ شرعاً»[4]. هذا وضماناً لتفادي المآلات الممنوعة في التطبيق، رسم الأصوليون «خططاً تشريعية». ألزم الأصوليون المجتهد بالرأي بأن يكون اجتهاده على وفْقها، مما سيأتي البحث فيه.

---

(١) «الموافقات»: (٤/ ٩٣).

(٢) المرجع السابق.

(٣) (٤/ ١٩٦).

(٤) «الموافقات»: (٤/ ١٩٦ وما يليها).

وفي هذا المعنى يقول الإمام في وجوب إعمال الرأي الاجتهادي[١] في القرآن الكريم، بما يؤكِّد فرضيَّتهُ المُحكمة، ووجه الضرورة التي تقتضيه، فيما نصُّه: «إعمالُ الرأي في القرآن جاءَ ذمُّهُ، وجاء أيضاً ما يقتضي إعمالَه... والقول فيه، أن الرأي ضربان:

أحدهما: جارٍ على موافقة كلام العرب، فهذا لا يمكن إهمالُ مثله لعالم، لأمور:

أولها ـ أنَّ الكتاب لا بدَّ من القول فيه، ببيان معنى، واستنباط حكم، وتفسير لفظ، وفهم مراد، ولم يأتِ ذلك عمّن تقدم[٢]، فإما أن يُتَوَقَّف دون ذلك، فتتعطل الأحكام كلُّها، أو أكثرها، وذلك غير ممكن، فلا بُدَّ من القول فيه بما يليق.

وثانيها ـ أنه لو كان كذلك[٣]، للزم أن يكون الرسول ﷺ مبيِّناً ذلك بالتوقيف[٤]، فلا يكون لأحد فيه نظر[٥]، ولا قول. والمعلوم أن الرسول ﷺ لم يفعل ذلك، فدلَّ على أنه لم يكلَّف به على ذلك الوجه، بل بيَّن منه ما لا يُوصل إلى علمه إلّا به، وترك كثيراً مما يُدركه أرباب الاجتهاد باجتهادهم[٦].

ثالثاً ـ أن الصحابة كانوا أَوْلى بهذا «الاحتياط» من غيرهم، وقد عُلِم أنهم فسَّروا القرآن على ما فهموا، ومن جهتهم بلغنا تفسير معناه، والتوقيف ينافي هذا، فإطلاق القول بالتوقيف، والمنع من الرأي لا يصحُّ[٧]، وكون المنع من الاجتهاد بالرأي غير صحيح لأنه يستلزم وجوب إعماله شرعاً.

هذا، وإذا كان للظروف الطارئة والمتغيِّرة تأثيرٌ بالغٌ في إعادة تشكيل علَّة الحكم

(١) المرجع السابق: (٣/ ٤٢١).

(٢) المرجع السابق: (٣/ ٤٢١).

(٣) المرجع السابق.

(٤) و«التوقيف» معناه الوحي أو الإعلام بما جاء به الوحي.

(٥) «نظر» أي: اجتهاد بالرأي.

(٦) المرجع السابق: (٣/ ٤٢١).

(٧) المرجع السابق.

التي هي سبب تشريعه أصلاً، بحيث يصبح للواقعة بظروفها الجديدة مناطٌ خاصٌ[١]، يختلف عن مناطها الأصلي العام الذي على أساسه شُرع لها الحكم أوّلاً عَريَّةً عن هذه الظروف الطارئة الجديدة، فإنَّ هذا يقتضي حتماً وبالضرورة أن يُشرع لها حكم اجتهادي جديد، يناسب الظروف الجديدة، لسبب بسيط، هو أنَّ الحكم الاجتهاديَّ الواحد إنما يستمرُّ إذا تماثلت الظروف الملابسة له، ولا يمكن أن يستمرَّ عند اختلافها وتغايرها، لما قدَّمنا، من أن هذا التغيُّر ذو تأثير بالغ على مآل تطبيق الحكم، وقد يكون هذا المآل غير مشروع أصلاً، لأنه ينافي «مقاصد الشريعة» التي هي المباني الأصلية للمصالح العامة، والفردية الحقيقية المعتبَرَة شرعاً.

وأيضاً، الشارع الحكيم، لم يشرِّع أحكامه ليكون تطبيقُها في ظلٍّ من الظروف الجديدة، نتيجة لتطور الحياة بالناس، مفضياً إلى نتائج محرمة، لا يقرُّها الشارع الحكيم، فوجب حتماً، مراعاة هذه الظروف، إبَّان الاجتهاد التطبيقي الذي ينبغي أن يبقى قائماً ومستمرّاً، استمرارَ سُنَّة تطور الحياة بالناس، للحيلولة دون المصير إلى المآلات الممنوعة شرعاً، ومنْعاً من التطبيق الآلي غير المستبصر الذي يعبِّر أصدق تعبير عن الجمود الفقهي، أو التعصب المذهبي، لأنَّ الأوّل معناه ـ كما حدَّده الفقهاء والأصوليون ـ قولٌ بلا دليل، وأما التعصب الفقهي، فلا يعدو أن يكون التزاماً بقول الغير، عن حماقة أو هوىً جارف، أو متابعة عمياء، وكلُّ ذلك محرَّمٌ شرعاً ـ كما قدّمنا ـ إذ الحق لا يدور مع الهوى!

وأيضاً، رعاية «مقاصد الشريعة» واجبةٌ شرعاً، بلا نزاع، لأنها مباني المصالح العامة والحقيقية التي اتجهت أحكام الشريعة كلّها ـ الكلّية والجزئيَّة ـ إلى تحقيقها، فعلاً ـ كما قدّمنا ـ والأحكام هذه تغدو مجرَّد وسائل اتخذها الشارع الحكيم لتحقيق تلك المقاصد الأساسية، ومعلوم ـ شرعاً ومنطقاً ـ أنْ لا عبرة بالوسائل إذا تقاعدت عن تحصيل مقاصدها وغايتها في المجتمع، إذ العبرة بالغاية! ويقول الإمام مالك، في هذا المعنى: «كل تصرفٌ تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل»[٢]. ولهذا أرسى الإمام

---

(١) «الفقه المقارن» ص٣٧ وما بعدها للدكتور محمد فتحي الدريني.

(٢) وراجع أيضاً: «قواعد الأحكام» للعز بن عبد السلام: (٢/ ١٦٢).

الشاطبي ذلك الأصل العظيم الذي ثبت في الشريعة، عن طريق الاستقراء التامِّ المفيد للقطع واليقين الذي يقضي أنَّ النظر في مآلات الأفعال بما يشمل «المآلات» ـ الواقعة والمتوقَّعة ـ **معتبرٌ مقصودٌ شرعاً**، ومنه تفرع «مبدأ الاستحسان»، والاستصلاح، وسدِّ الذرائع، وهي مبادئ أو قواعد تنهض عليها «سياسة التشريع» في الإسلام التي تعتبرُ «قسيماً» للفقه الإسلامي، على ما سيأتي تفصيل القول فيه، ولا جَرَمَ أنَّ هذا الأصل، وما يتفرّعُ عنه من مبادئ متفق عليها أصولياً، وفقهياً، هي منافية رأساً، **للجمود الفقهي**[1]، **والتعصب المذهبي الأعمى من باب أولى**، إذ كلاهما، قولٌ بالهوى أو رأيٌ بلا دليل، لمكان التقليد فيهما، وعدم مراعاة الظروف المتغيرة، إنْ في التطبيق العملي، أو الاجتهاد الاستنباطي.

إنّ اطراح هذا الأصل العظيم من وجوب النظر في المآلات الواقعة والمتوقَّعة، وهدمَ ما تفرع عن هذا الأصل، من مبدأ سد الذرائع، والاستحسان، والاستصلاح، فضلاً عِن التخلِّي عن مبدأ الاجتهاد بالرأي برُمته، بما هو فريضة كفائية محكمة إلى يوم القيامة! وبما يترتب على هذا التخلِّي المحرَّم قطعاً، من تعطيل التكليف، وإهدار الأحكام الاجتهادية المناسبة لكل عصر. أقول: إن اطراح ذلك كلِّه ممنوع في الشرع، ومحرّمٌ، بلا نزاع، وإلى هذا المعنى، أشار بعض العلماء الفضلاء من المحْدثين، من مثل شيخ الأزهر سابقاً عبد الرحمن تاج، إذ يقول في كتابه «السياسة الشرعية» ما نصُّه: «وهذا الاستنباط الذي تُستخرج به المعاني من بواطن النصوص، وبه يُعرفُ مُراد الشارِع من أقواله، ويوقفُ على أسرار تشريعه، جهد الاستطاعة، هو الذي مكَّن للفقهاء من سلف الأمة الإسلامية، أن يجدوا في شريعة الإسلام كلَّ ما يحتاجون إليه، **في الفُتيا**، وفي **الحكم**، وفي **القضاء**، وفي كلِّ ما فيه إصلاحُ الجماعة الإنسانية، وتمكين روابطها، والنهوض بها من كمالٍ إلى ما هو أكمل منه، وهو الذي يجب أن يتابعهم عليه الفقهاء في كلِّ عصر، حتى يُوفَّى للشريعة بكل **«مقاصدها» ويحقّق لها**

---

(١) الجمود الفقهي إنما هو وقوف عند حدّ المنقولات عن الغير، يرددها الغير دون أن يستند في قول إلى دليل من عنده، بل هو مجرّد محاكاة ودون اجتهاد.

أغراضها، من تحصيل المصالح، ودَرْءِ المفاسد[١].

ويضيف إلى ذلك قوله، مؤكِّداً وجوب تحرِّي مقاصد الشريعة، إنْ في التفهم، أو الاستنباط، أو التطبيق، فيما نصُّه: «هذا، والفقه الذي يوقَف به على **مقاصد الشريعة وأغراضها**، هو الذي يحدو بالفقهاء أن يعدلوا عن فتاوى وأحكام كانت لهم[٢] في بعض المواطن، **ليفُتوا على خلافها** وأنَّ تغيُّر الرأي، وعدول الفقيه عن اجتهاده الأول، ليس سببه ـ في جميع الأحوال ـ راجعاً إلى تبيُّن وجه الصواب عبد الخطأ، ولا إلى ظهور دليل قويٍّ كان خافياً عليه من قبل، ولكنه كثيراً ما يكون سبُبه، تغايرُ الظروف[٣].

الجمود الفقهي أو التعصب المذهبي، منافٍ لمقاصد الشريعة، ومضادٌّ لمقصد الشارع من وضعها ابتداءً

ولهذا، كان **الجمود الفقهي**، أو **التعصب المذهبي**، يتنافى بداهةً مع مقتضى «**مقاصد الشريعة**» **وأغراضها**، وذلك مضادٌّ للشارع رأساً ـ كما ترى ـ ومعلوم أن مضادّة الشارع باطلةٌ، فما يؤدِّي إليها باطل مثله.

هذا شيء، وشيء آخر، هو أن الشريعة إنما وضعَتْ، وأُنزلت ابتداءً، من أجل تحقيق «مقاصدها» في الخلْق، فإذا أُهدرت أحكامها بالتعطيل، لم يبق للشريعة تفسير معقول لإنزالها أصلاً، وهذا محرَّم بالضرورة[٤].

من أجل هذا، وجدنا الإمام الشاطبي، يشترط في أهلية الاجتهاد العلمَ بمقاصد الشريعة أولاً، وما عداها من «**المعارف**» تعتبر في نظرِهِ «**خادمةً لها**» خلافاً للشروط التي اشترطها سار الأصوليين، على ما سيأتي بيانه.

---

(١) «السياسة الشرعية، والفقه الإسلامي» للشيخ عبد الرحمن تاج ص٦٠ .

(٢) «تاريخ الفقه الإسلامي» للدكتور محمد يوسف موسى: (٢/ ٥ وما يليها) .

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق: (٢/ ٨ وما يليها).

أنواع الاجتهاد في الشريعة:

وعلى هذا فيمكن استخلاص أنواع الاجتهاد في الشريعة، وأنه ـ على التحقيق ـ ثلاثة أنواع:

الأول: الاجتهاد في النصوص، وتعليلها، استشرافاً إلى «مقصد الشارع» من كل منها، لأنه الغاية لكل حكم في المعاملات.

الثاني: اجتهاد في تطبيق النصوص، برعاية الظروف القائمة أثناء التطبيق، والنظر فيما عسى أن يُسفر عنه هذا التطبيق ـ بتأثير الظروف القائمة أو المتوّقع قيامُها من مآل، متوقَّع، إذ يُكيِّف الفعل ـ ولو كان في أصله مشروعاً ـ بالمشروعية وعدمها، في ضوء ذلك المآل الجديد، لأن النظر في مآلات الأفعال ـ كما قدّمنا ـ معتبرٌ مقصودٌ شرعاً، رعايةً لمقاصد الشريعة التي أُنزلت من أجل تحقيق تلك المقاصد في المجتمع الإسلامي، بل في الناس كافّة!

الثالث: الاجتهاد فيما لا نصَّ فيه، وهو لا يقِلُّ أهمية وأثراً في تدبير شؤون الأمة، في جميع نواحي حياتها عن الاجتهاد في النصوص، إنْ في الأحوال العادية، أو الاستثنائية سياسياً، أو اقتصادياً، أو اجتماعياً. هذا، وكان «عمدة» الصحابة من السلف الصالح في الاجتهاد، هذا النوع الأخير منه، استهداءً بقواعد الشريعة العامة، ومقاصدها الأساسية، أي بروح التشريع العامة، وفي هذا المعنى يقول الإمام العز بن عبد السلام في كتابه القيِّم «قواعد الأحكام». ومن تتبع المصالح والمفاسد، حصل له من مجموع ذلك، **اعتقاد**، أو **عرفان**، بأن هذه «**المصلحة**» لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة، لا يجوز قربانها، وإن لم يردْ فيها نصٌّ خاصٌّ، ولا إجماع، ولا قياس، لأن فهم «**نفس الشرع**» يوجب ذلك»[1]، أي استيحاءً من أصول الشريعة، وقواعدها العامة، ومقاصدها الأساسية، لأنها «**أصول يقينية**».

يدُلُّك على هذا، أن المجتهدين في القرن الثاني الهجري[2] ـ على سبيل المثال ـ

(١) «قواعد الأحكام»: (٢/ ١٦٢).

(٢) «الموافقات في أصول الشريعة»: (٤/ ١١٤) للإمام أبي إسحاق الشاطبي، بتعليق الشيخ عبد الله دراز.

كانوا على إحاطة تامة بأصول الشريعة، وأسرارها، ومقاصدها الكبرى في المجتمع البشري، وبالأدلة التي تستند إلى تلك الأصول، وتتفيَّأ غاياتها، متمكِّنين من تبيُّن أنواعها، متبصِّرين بوجود الاستدلال بها، وبطرُق دلالاتها العبارية الظاهرة، ولوازمها العقلية، بعد الركون إلى «حُجِّية» تلك الطرق، استثماراً لطاقات نصوص الشريعة في الإبانة عن مُراد الشارع، وما شَرَعَ من الأحكام الكلية والجزئية، بما هي وسائلُ شرعها لتحقيق مراداته في أوسع مدى.

ذلك، **لأنهم تفقَّهوا بسلفهم الصالح من الصحابة الذين كانوا قد اقتعدوا قمَّة الاجتهاد الفروعي**، للحوادث المستجدّة والمتكاثرة، إنْ في الحكم، أو القضاء، أو الفتيا، وإن كانت «**أصول**» تلك الأحكام مستقرةً في نفوسهم، **بالقوَّة**، أو **بفطرتهم النقية**، استقرار اللغة وبلاغَتَها، وأسرارَها في البيان، ولكن هؤلاء التابعين في القرن الثاني، سلكوا سبيل **الاجتهاد التأصيلي**[1] الذي قوامُهُ، تقعيدُ القواعد العامة، وتأصيل الأصول الكلية، لضبط عملية التفكير الاجتهادي، والتوجُّه الاستنباطي التشريعي بوجه عام، ضبطاً يجعله علميَّ الاتجاه، موضوعيَّ النظر، نزيهَ الغرض، منصبّاً همُّهُ على تبيُّن مقصد الشارع في كل نصٍّ، أو حكم، بسبر أغوار معناه، أو معنى معناه، وتحديد «**غاية**» الشارع من تشريع حكمه، لما «**للغاية**» من أثر على تحديد «**نطاق تطبيق الحكم**» بما يجعل النص أو «**الحكم**» الوارد موردَ الخصوص، يجعله عامّاً من حيث المعنى في كافَّة مواقع علّته.

على أنَّ هذا الاجتهاد المستقل بشقَّيْه: «**التأصيلي والفروعي**» بما ينطوي على عبء ثقيل في التأصيل والتفريع، **نظراً، وتطبيقاً**، وبما يترك من أثر بالغ في حياة المجتمع الإسلامي، حاضراً ومستقبلاً ـ كما ترى ـ كان «**فريضةً مُحْكمةً**» في شِرْعَة الإسلام، فالإمام الشافعي يصرح بهذا المعنى، في رسالته الأصولية التي تُعَدُّ السِّفر الأول في علم الأصول: **تأليفاً، وتدقيقاً، وتكاملاً، وشمولاً**، إذ يقول: «إنَّ الله ابتلى عبادَه بالاجتهاد، كما ابتلاهم بسائر «**فرائضه**»[2] ويؤكِّد هذا المعنى من فرضيَّة

---

(١) «مجمع البحوث»: ج١ للفاضل ابن عاشور.

(٢) «الرسالة» ص٥٠ للإمام الشافعي، تحقيق: شاكر.

الاجتهاد بالرأي، بل يرفعه إلى مقام «**العبادة**» على النحو الذي رفعه الشافعي الإمامُ الغزالي، إذ يقول: «إنَّ تجشُّمَ العقل بالفكر، كتجشُّم الجسم بالعبادة»[١] وكلاهما فرض!

هذا، والرسول ﷺ يعلن على الملأ، أن الاجتهاد ـ بما هو ضرورةٌ تشريعية وحيوية، لتدبير أمور الأمة، على ضوء «حقيقة الإسلام» بقوله: «**يبعثُ الله تعالى لهذه الأمّة، على رأسِ كلِّ مائةِ سنةٍ، من يجدِّد لها دينها**»[٢] فالتجديد المشار إليه في قول الرسول ﷺ الآنف، **لا يعني تغيير نصوص الشريعة، لأنَّ هذه النصوص وحيٌ منَزَّل، قد ارتبطت به الشريعة ارتباطاً أبدياً**، وإنما المقصود: بيان «**حقائق الإسلام**» وتجلية مفاهيمه الأساسية التي يقوم عليها كيانُه التشريعي، والعقائدي، والعبادي، والخلُقي، إذ بتقادم العهد، وكرِّ السنين، ربما **يرين على تلك «الحقائق» والمفاهيم** الإسلامية ظُلماتٌ وسحبٌ كثيفة من الفكر المستورد المنافي، أو التيارات الثقافية الوافدة المعادية، أو من المبتدعات العرفية المحليَّة القارَّة، فتحسب خطأً، أو افتراءً، أنها من صميم مفاهيم الإسلام، وهي ـ في الواقع ـ على النقيض منه، فلا بد من تجلية الأمر في كل عصر، وإظهار «**الحقائق**» علمياً، وهذا ـ دون ريب ـ يفتقر إلى اجتهاد، وبحوثٍ علميةٍ متعمقة، للوصول إلى «جوهر الدين» بما ينزع عنه شوائب التزييف، وينقِّيه مما عسى أن يكون قد لصق به، من تشويه أو ادعاء أعداء الإسلام في كل عصر، ولا سيما المستشرقون وغيرهم ممن خفّ وزن الدين في نفسه، وأضحْت ضمائرهم مدخولة من التُّرَّهات والافتراءات، ليخفوا عن الناس «حقيقة الإسلام الناصعة»، وهذا الأمر قد بلغ حدّاً من الأهمية، أن افتقر إلى بعث مجتهدين أحقَّاء بهذا الاسم، على نحو ما بعث اللهُ رسلاً مكرَّمين بررة، وهذا المعنى قد قرره الإمام الشاطبي، حيث يقول:

---

(١) «المستصفى».

(٢) إذ يقول ﷺ: «**إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مئة سنة، من يجدِّد لها دينها**» [أخرجه أبو داود: ٤٢٩١، من حديث أبي هريرة].

«فإذا بلغ الإنسانُ مبلغاً[١] يفهم فيه عن الشارع قَصْدَهُ في كل مسألة من مسائل الشريعة، وفي كل باب من أبوابها، فقد حصل له وصف هو «سبب» في تنزُّله منزلةَ النبيِّ ﷺ في التعليم والفتيا، لما يحمل بين جنْبيه، من معاني النبوَّة، وإنْ لم يكن نبياً»، ولا ريب أن قيام المجتهد بهذه «المهمَّة» التي خلَف النبيَّ في تحمُّلها، يعتبر واجباً قطعاً، فالاجتهاد بالرأي واجبٌ كفائيٌّ، وبه يُرفع مقام المجتهد الحق إلى مقام النبوة، بالنظر إلى تلك المهمَّة الكبرى التي يضطلع بها، وللمعاني النبوية التي تخفَقُ بين جنبَيْه لبلوغه مبلغ الاجتهاد في أعلى مستوى، وإن لم يكن نبيّاً»[٢].

على أن الإمام الشاطبي، وفَّى هذه المسألة حقّها، من البيان، بما لم يُسبق إليه، وأقام الأدلة على أن المجتهد تنتقل إليه تكاليف النبوة عينها، تبليغاً، وبياناً، وتنفيذاً، وقضاءً، وحكماً، ولا سيما عند الافتقار إليه في عصره، وبيئته، وغيرها من البيئات الإسلامية، بقوله فيما نصُّه: «إن العالم، وارثُ النبي ﷺ، فالبيان[٣] في حقّه لا بدَّ منه، من حيث هو عالم، لما ثبت من كون العلماء ورثة الأنبياء، وهذا معنى صحيح ثابت، ويلزم من كونه وارثاً، قيامُهُ مقامَ موروثه في البيان، وإذا كان البيان فرضاً على الموروث، لزم أن يكون فرضاً على الوارث أيضاً، ولا فرق في البيان، بين ما يفتقر إلى اجتهاد بالرأي، وبين ما هو بيِّن في نفسه». ولهذا، نرى الإمام يشير إلى هذا المعنى بقوله: «ولا فرق في البيان بين ما هو مشكل أو مجمل من الأدلة، وبين أصول الأدلة في الإتيان بها» على أنَّ «التبليغ» الذي اضطلع به النبي ﷺ بمقتضى أمر الله تعالى إياه بذلك، في قوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغْ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ مِن رَّبِّكَ وَإِن لَّمْ

---

(١) يشير الإمام الشاطبي إلى المجتهد المطلق المستقلّ، بقوله: «في كل مسألة وفي كل باب من أبوابها» دون التخصُّص في مسائل معينة أو باب معين، وبقوله أيضاً: «يفهم فيه عن الشارع قصدُه» أي توافرت شرائط الاجتهاد التي تقدِّره على هذا الفهم، وأهمها أو في مقدّمتها «مقاصد الشريعة».

(٢) المرجع السابق: ج٣، و«الموافقات»: (٤/ ١٠٦ ـ ١٠٧).

(٣) الخطاب الإلهي، موجَّه في الأصل، إلى الرسول ﷺ بوجوب بيان ما أنزل عليه، لقوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤] فتنتقل مهمة البيان إلى المجتهد، بكونه وارثاً للنبي ﷺ في مهماته من البيان والتبليغ، والقضاء، والفتيا، والحكم، والتنفيذ، والتبليغ ـ لا شك ـ ضرب من البيان، لأنَّ التبليغ الوظيفة الأولى للنبوة، «الموافقات»: (٣/ ٣٠).

تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُۥ﴾ [المائدة: ٦٧] مأمور به المجتهد الوارث، لقيامه مقام النبي ﷺ، وهو نوع من البيان، فأصل التبليغ بيان لحكم الشريعة[١]، وهذا ينافي التقليدَ، والتعصبَ المذهبي بالضرورة كما ترى.

على أن الأدلَّة متضافرةٌ في الشرع على تحريم كتْمان أحكام الشريعة، أو إهمالها، أو عدم الاجتهاد في تبيُّنها، مهما تغايرتْ الظروفُ استجابةً لحاجة الناس، في تدبير شؤونهم، بأحكام الشرع، بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَآ أَنزَلْنَا مِنَ ٱلْبَيِّنَٰتِ وَٱلْهُدَىٰ مِنۢ بَعْدِ مَا بَيَّنَّٰهُ لِلنَّاسِ فِى ٱلْكِتَٰبِ ۙ أُو۟لَٰٓئِكَ يَلْعَنُهُمُ ٱللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ ٱللَّٰعِنُونَ﴾ [البقرة: ١٥٩]. على أنَّ وجوب «البيان» هذا، شاملٌ للبيان الابتدائي[٢] للنصوص الواردة، والتكاليف الموجَّهة، وشامل أيضاً لأصول الأدلة، أي بيان المبلِّغ[٣].

هذا، والبيان إذا كان ثمرةً لاستبطان النصوص، وإدراك عميق أسرارها، واستشراف مقاصد الشارع منها، كان ذلك استمراراً بالبيان إلى أقصاه، وإتياناً به على الوجه الأكمل والأوفى[٤]!

وكذلك فيما يتعلّق بالاجتهاد بالرأي فيما لم يردْ فيه نصٌّ، إذْ كان هذا النوع من البيان الاجتهادي، هو «عمدة» الصحابة، كما قدّمنا. فثبت قطعاً، أن المجتهد المستقل، إذْ يحمل بين جَنبيْه معاني النبوة، وإن لم يكن نبياً ـ على حدّ تعبير الإمام الشاطبي فإنه ـ على التحقيق ـ يحمل «**أمانات ووظائف النبوة الثقال**»، إذْ لا معنى لهذا الأصل عملاً، إلّا بما يستلزم من «**تكاليف**» تلك «**الأمانات**»، وإلّا ما كان لوصفها بذلك، أيُّ معنى!! فصحّ أن كلَّ ما هو موجَّهٌ إلى النبي ﷺ من الأوامر، والتكاليف على اختلاف طبائعها وأنواعها، هو بعْينه موجَّهٌ إلى «**المجتهد الحق**» لقيامه مقامه ﷺ في مهمَّاته ووظائفه، على مرِّ العصور، فالله تعالى يأمر رسوله بالتبليغ، بقوله سبحانه:

(١) المرجع السابق: (٣/ ٣١٠).

(٢) البيان الابتدائي وهو أصل التبليغ.

(٣) المرجع السابق ص٣١٠ ـ ص٣١١.

(٤) المرجع السابق.

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغۡ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكَ مِن رَّبِّكَۖ وَإِن لَّمۡ تَفۡعَلۡ فَمَا بَلَّغۡتَ رِسَالَتَهُۥ﴾ [المائدة: ٦٧]. والله تعالى يأمره أيضاً بالبيان ـ وحْياً واجتهاداً ـ فالمجتهد كذلك، باستثناء تلقي الوحي.

ومن البيان التشريعُ الاجتهاديُّ لكلِّ عصر بما يناسبه، كما أشرنا، لقوله عز وجل: ﴿وَأَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلذِّكۡرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيۡهِمۡ﴾ [النحل: ٤٤]. وقوله جلَّ شأنه، فيما يتعلَّق بالحكم أيضاً، **قضاءً** ، **أو ولايةَ أمرٍ**، إذا استُفتي، أو تولّى تدبير شؤون الأمة: ﴿إِنَّآ أَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ لِتَحۡكُمَ بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُۚ﴾ [النساء: ١٠٥] غيرَ مطَّرح «مبدأ الشورى» لقوله عز وجل: ﴿وَشَاوِرۡهُمۡ فِي ٱلۡأَمۡرِۖ﴾ [آل عمران: ١٥٩]. وقوله تعالى: ﴿وَأَمۡرُهُمۡ شُورَىٰ بَيۡنَهُمۡ﴾ [الشورى: ٣٨] ولاسيما فيما لم ينزل فيه نصٌّ، وتعلَّق الأمر بالصالح العام.

هذا، وقد استند كثيرٌ من علماء الأصول، والمفسّرين إلى قوله تعالى: ﴿لِتَحۡكُمَ بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُۚ﴾ [النساء: ١٠٥] في تقرير أن الرسول ﷺ كان يتولىّ أمر «الاجتهاد بالرأي» إذ أعوزه الوحي، أي تأخَّر عنه، فلم ينزل عليه في الوقائع والنوازل المعروضة، ووجه ذلك: أنّ «**الإراءة**» في الآية الكريمة التي تلونا ﴿بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُۚ﴾ [النساء: ١٠٥] لا يمكن أن يُصرف معناها إلى «**الإراءة الحسيَّة**» من «**الرؤية بالعين الباصرة**» لأن «**الأحكام الشرعية**» التي يُراد الحكم بها، أمورٌ «**معقولة**» **لا محسوسة**، كما لا يسوغ أن تكون «**الرؤية**» من «**العلم**» لأنه لا يوجد في الآية الكريمة، إلّا «**مفعولان**»، بينما الرؤية العلمية تحتاج إلى ثلاثة مفاعيل، فلم يبق إلّا أن تكون من «**الاجتهاد بالرأي**»[1]، وإذا كان في الآية الكريمة احتمالان:

أحدهما: ﴿بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُۚ﴾ [النساء: ١٠٥] أي بما نُصَّ عليه في الكتاب العزيز.

وثانيهما: أن المراد ﴿بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُۚ﴾ [النساء: ١٠٥] من خلال «**اجتهادك، ونظرك**» في أحكام الكتاب وأدلته، فإن في هذا ـ على الراجح ـ دليلاً على أنه ﷺ كان يجتهد

(١) «كشف الأسرار»: (٣/ ٢٠٧)، «فواتح الرحموت مع متنه مسلم الثبوت»: (٢/ ٢٦٨)، «أصول التشريع الإسلامي»، علي حسب الله ص٧٤، «الاجتهاد في الشريعة الإسلامية» ص١٣ للأستاذ الوافي المهدي.

فيما لا نصَّ فيه، حتى ينزل الوحي، مصوِّباً، أو مخطئاً، بل قد وقع هذا من الرسول عليه الصلاة والسلام فعلاً في مواطن عدة، فالمجتهد إذن مطلوبٌ منه أن يقوم بمهمَّة الاجتهاد، لا محالة، كلما أعوز الأمر ذلك، لقيامه مقام الرسول ﷺ في ذلك، والاجتهاد أمرٌ واقع بالنسبة إلى الرسول ﷺ وهو أشار إليه كثير من علماء الأصول، ومن المفسِّرين، كابن العربي، إذْ يقول: «أي بما أعلمك، وذلك، بوحي، أو نظر»[1] أي: اجتهاداً بالرأي، فكان المجتهد إذن مطلوباً بهذا النظر الاجتهادي من باب أوْلى، إذ لا صلة للمجتهد بالإيحاء الإلهي الموصولةِ أسبابهُ بالسماء، فتعيَّن النظر الاجتهادي! وحصيلةُ ما مرَّ، أنَّ المجتهد الحق، ذو أمانة فكرية وعلمية عليه أداؤها قطعاً، ولا يجوز ـ في حكم الإسلام ـ خيانتها أو اغتيالها، بالتقليد، أو الانتحال، ولأن قيام المجتهد مقام النبوة هو في جوهره أمانة عظمى دينية، قبل أن تكون أمانةَ الفكر والعلم، بل هي نوع من «**أنواع الجهاد**» فريضةٌ محكمةٌ، ماضيةٌ إلى يوم القيامة، بدليل ما رَوَيْنا آنفاً: «**إنّ الله يبعثُ على رأسِ كلِّ مائةِ عام، لهذه الأمّة مَنْ يُجدِّد لها دينها**»[2] ولأنّ الاجتهاد بالرأي من أهله، أمرٌ يتوقف عليه «استقامة أمر الدين» في تدبير شؤون الدنيا، وشؤون الأمّة، وقايةً وعلاجاً، وتنميةً وحفظاً، وإذا كان هذا الأخير واجباً، فالأوّلُ مثلُهُ، من باب ما لا يتم الواجب إلّا به، ولهذا، لا يمكن أن تتمَّ الاستجابة للحاجات والوقائع المستجدّة المتنوعة، والمتكاثرة، عبر العصور، بحكم سُنّة التطور الماضية في الخَلْق، ثمرةً لطبيعة الفكر الإنساني المبدع فطرةً إلّا به. فالإسلام إذْ يفرض الاجتهاد بالرأي في أدلة كتابهِ العزيز، فإنما يستجيب لواقع خصيصة الإبداع الفكري المغروسة في الفطرة الإنسانية نفسها، وإلّا كان التخلُّف، والانتكاس، والمعاندة، وهذا مما لا يتفق وأصول الإسلام قطعاً، إذ قد اتجهت «إرادة الخالق» ـ جلَّ وعلا ـ إلى إقامة «**مقاصد الشريعة**» المبنية على اعتبار «**المصالح**» من

(١) «أحكام القرآن»: (١/ ٢٠٧). والمقصود بالنظر هو «النظر الاجتهادي» كما هو واضح، لأنه، قسيم الوحي الإلهي، وهو ما أشار إليه الشاطبي بقوله: «الشريعة ـ أي الفقه ـ (وحي ورأي)».

(٢) أخرجه أبو داود: ٤٢٩١، من حديث أبي هريرة، وانظر «الموافقات»: (٤/ ١٠٦).

حيث وضع الشارع لها، لا من حيث مطلق إدراك المكلَّف إيّاها، وهذا، لا يمكن تحقيقه فعلاً إلّا بالاجتهاد بالرأي، بلا مراء!!! فثبت أن «التقليد» منافٍ قطعاً لهذا الأصل العام.

على أن الإمام الشاطبي، يُضيف إلى ذلك، أمراً هامّاً في الاستدلال على «**فريضة الاجتهاد بالرأي**» من أهله، استنباطاً للحكم، وتطبيقاً له، وهو: أنَّ «**المصالح**» إذا كانت تتكاثر، وتتنوع، بحكم سُنّة التطور إلى أفضل، وأن نصوص الشريعة ـ على الرغم من اتساع مفاهيمها، ومرونة مقاييسها ـ محدودة، استلزم ذلك حتماً «الاجتهاد بالرأي» إذ لا يُجدي في هذا المقام «**التقليد**» وإلا **تعطل التكليف**، بل أدّى هذا الوضع من القعود عن الاجتهاد بالرأي، والتخلّي عن أداء أمانته، إلى «**التكليف بما لا يطاق**» لاختلال التوازن، وهو ما تأباه الشريعة كلَّ الإباء، **نصّاً**، **ومدلولاً**، **وروحاً**، **ومقاصدَ**، فكان الاجتهادُ بالرأي ضرورةً دينيةً، وتشريعيةً، كما هو ضرورةٌ حيويةٌ ملحَّة في كل عصر، إذْ يقول في هذا الصدد ما نصُّه: «لأن الوقائع في الوجود لا تنحصر، فلا يصحُّ دخولها تحت الأدلة المنحصرة، ولذلك احتيج إلى «فتح باب الاجتهاد وغيره»[1] فلا بدَّ من حدوث «وقائع» لا تكون منصوصاً على حكمها. وعند ذلك، فإمَّا أن يُترك الناس فيها، مع أهوائهم، أو يُنظر إليها بغير اجتهاد شرعي، وهو أيضاً «اتباع للهوى» وذلك كلُّه فساد، فلا يكون بدٌّ من «التوقف» لا إلى غاية، وهو معنى «**تعطيل التكليف لزوماً**» وهو مؤدٍّ إلى تكليف ما لا يطاق»[2] وتفسير ذلك:

أنّ الإمام يشير بقوله «**ترك الناس إلى أهوائهم**» إلى أن افتقارَهم إلى أحكام شرعية مجتهَدٍ فيها، لتهيمن على الوقائع التي نزلت بساحتهم، وتقاعُد المجتهدين عن إمدادهم بها، يلجئهم ذلك ـ لضرورة الحاجة ـ إلى أن يشرّعوا هم من عند أنفسهم، حسب أهوائهم، أو بالاستعانة بما عند غيرهم من التشريعات القائمة على الهوى، أو النظر

---

(١) من الاستحسان، والاستصلاح، وسدِّ الذرائع، والعرف، والبراءة الأصلية، فهي مصادر للاجتهاد فيما لم يَرْد بخصوصه نصٌّ من الوقائع «الموافقات»: (٤/ ١٠٤).

(٢) «الموافقات»: (٤/ ١٠٤).

العقلي المجرَّد الذي لا يستنِدُ إلى أصول الإسلام، أو استيحاءِ مقاصده، وهو معنى قوله أيضاً «أو ينظر إليها، بغير اجتهاد شرعي»، وذلك ضربٌ من اتباع الهوى، ويدخل في هذا «التقليد» **لأنه قولٌ بلا دليل**، أو بغير اجتهاد شرعي في الوقائع النازلة أو الجديدة، كما يدخل فيه «التعصُّب أو الهوى المذهبي» لأنه تحكُّمٌ في الرأي لا يبرره دليل شرعي، والتحكُّم ممنوع شرعاً، ولأنه لا مَقْنَعَ فيه من الجهة التي تعتبر «المصالح» الحيوية المعتمدة والمعتبرة في الأحكام الشرعية، ومعلوم أن التحكُّم ـ بما لا يُقيم الدليل على توخِّيها ـ يتنافى مع قاعدة اعتبار المصالح في الأحكام، وإلَّا ما كان تحكُّماً أو تعصُّباً، فينبغي تحكيم شرع الله تعالى في الوقائع والأحكام، عملاً بقوله سبحانه: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: ٦٥] وسبيل ذلك بداهةً، الاجتهاد بالرأي!

فالتحكُّم المذهبي إذن، منافٍ رأساً للتحكيم الشرعي الذي نصّت عليه الآية الكريمة التي تلَوْنا، إذ جاءَ على النقيض من التعصب تماماً، بأيّ لون من ألوانه، لأنه يبتغي نصرة مذهبِهِ، لا نصرة شرع الإسلام.

التعصب المذهبي، عاملٌ مؤثرٌ في الإخلال بتوازن المجتمع الإسلامي، في بيئتِهِ المادية والمعنوية، وبيان ذلك:

أنَّ من العوامل المؤثرة في توازن المجتمع ـ أيِّ مجتمع ـ في بيئته المعنوية، هو «**التشريع**» بلا ريب، ذلك، أن التشريع هو الموجِّه الأول للطاقات البشرية، لتقوم بوظائفها التي خُلقت من أجلها، إنْ من ناحية «الدوافع النفسية» المشروعة التي يجب ترسيخها في الكيان البشري، والنابعة عن قيم هذا التشريع، ومُثُلِهِ العليا ذات الأثر البعيد، في توجيه السلوك الإنساني، أو بما ترسم هذه «القيم والمفاهيم الكبرى» من وجوب إقامة «المؤسسات» التي تجد فيها فعاليات الإنسان مراحاً واسعاً، لسعيه، وإنشاء علاقاته المختلفة الطبائع والغايات، ضبطاً لتلك الفعاليات، أن تشتطَّ، أو تنحرف، أو تسيء استخدام موارد البيئة الطبيعية، مما يؤول ذلك، إلى «الإخلال بتوازنها» فينقلب ذلك ضرراً على المجتمع والأفراد، جرّاءَ هذا الاختلال! والدولة كذلك.

وعلى هذا، فإن اختلال توازن البيئة المعنوية الذي ينعكس بالضرورة على البيئة المادية، ومواردها، معناه «تعطيل مواردهما عن أداء وظائفهما الحيوية» في توفير المصالح الضرورية للفرد والمجتمع والدولة! أو بعبارة أخرى: الإخلال بالتوازن، إنما يعني «**الحيلولة**» دون أداء موارد البيئة المعنوية والمادية وظائفَها في توفير ما تقتضيه المصالح العامة، والخاصة، وهذه هي «**مقاصد الشريعة**» الواجب تحقيقها فعلاً في المجتمع، وإلّا هُدِم جزء منها، أو مُعظمها، وهو ثمرة اختلال التوازن الناشئ عن التعطيل. والتشريع الإسلامي، يعتبر أكبر مورد معنوي أوحى به الله تعالى، ليكون «نعمة للعالمين». وجاء ذلك بصريح النصِّ، من قوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾ [المائدة: ٣] ولا تقلُّ نعمة الإسلام، عقيدةً، وعبادةً، وآداباً، وتشريعاً، عن أي نعمة أخرى من الموارد المادية في البيئة، والمجتمع، بل الإسلام هو «النعمة العظمى» التي لا تدانيها نعمة في هذا الوجود، فتعطيل أحكامِهِ أو تكاليفه ـ كما يقول الإمام الشاطبي ـ جرّاء التعصب المذهبي، أو الجمود الفقهي، أو التقليد المجرَّد، دون اجتهاد أو دليل، هذا «التعطيل» هو في جوهره حيلولةٌ، دون الأحكام الشرعية، وما تضمّنت من تكاليف، أن تقوم بوظائفها التي تؤول إلى تحقيق «مصالح» الناس الحيوية، المادية والمعنوية على السواء، وإذا كانت «العصبية المذهبية» أو الجمود الفقهي، وسيلةً إلى هذا التعطيل، وهو مآل غير شرعي ـ كما ترى ـ فالوسيلة تأخذ حكم غايتها، شرعاً وعقلاً، أو كما يقول الإمام الشاطبي: «النظر في مآلات الأفعال، معتبر مقصود شرعاً» أي أن الأفعال تتكيَّف شرعاً من حيث المشروعية وعدمها، في ضوء مآلاتها[1]!

فكان التعصب المذهبي، أو الجمود الفقهي إذن محرَّماً شرعاً، بتحريم غايته، أو بعدم مشروعية ما يُفضي إليه كل منهما، من «مآل» ممنوع، من شأنه أن يُخلّ بتوازن المجتمع الإسلامي مادياً ومعنوياً، كما بيّنا!

---

(١) «الموافقات»: (٤/ ١٩٦ وما يليها)، و«أصول الفقه الإسلامي» للشيخ مصطفى شلبي ص٢٤.

التعصب المذهبي أو الجمود الفقهي يتعارض مع أوضاع القرآن في البيان الذي من لوازمه، استمرارُ الاجتهاد بالرأي في كل زمن وبيئة، فرضاً كفائياً، وتفسير ذلك:

إن مما ينبغي إضافتُه إلى كل ما تقدم من أدلّة وجوب الاجتهاد بالرأي، في كل عصر، وبيئة، لحفظ التوازن في المجتمع، وعدم تعطيل التكاليف، وسداداً للحاجات المتكاثرة، والمتنوعة، أن هذا الاجتهاد المفروض كفائياً، من لوازم «**أوضاع القرآن الكريم في البيان**»[١] بمعنى أن «**فطرة النظم القرآني**» بما يتسمُ به، من الإجمال والعمومية، في مبادئه، وبما اتخذ من أسلوب كلّي في بيانه للأحكام، فلم ينزل إلى التفصيلات إلّا في القليل، وعلى أساس أن هذه «التفصيلات» قد جاءَت تطبيقاً للكليات، أقول: هذه الأوضاع التي أحدثها منهج القرآن الكريم في بيانه للأحكام، وتشريعه لها، وبأسلوب متميّز على غاية من البلاغة والإعجاز، يفتقر إلى الاجتهاد بالرأي لتفهمه ضرورة، وتطبيقه على الجزئيات الطارئة، بامعان النظر في عمق معانيه، وما تقوم عليه هذه المعاني من أسرار، وعِلَلٍ، وما تستشرفه من مقاصد عليا، يتوخّى الشارع تحقيقَها في المجتمع الإسلامي، عَبْر هذه المبادئ، والقواعد الكلية، والمفاهيم الكلية.

فالاجتهاد بالرأي من لوازم هذه الأوضاع البيانية في القرآن الكريم، لاستخلاص الحكم الشرعي التفصيلي، لكلِّ حادثة تطرأ، ولم يردْ فيها نصٌّ بخصوصها، والتعليل لا يعدو أن يكون سبيلاً متعيِّناً للاجتهاد بالرأي، في أحد مظاهرِهِ، لا نُدْحَةَ عنه، والجمود الفقهي، والتعصب المذهبي، مناكرٌ لذلك كلِّه، ولا يتفق مع منهج القرآن الكريم، في تقريره للأحكام، على نحو كليّ، بداهةً.

يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد ما نصُّه: «تعريف القرآن بالأحكام الشرعية، أكثره كليّ، لا جزئيّ، وحيث جاء جزئياً، فمأخذُهُ على الكلية[٢]، إما بالاعتبار[٣] أو بمعنى الأصل[٤]».

(١) «المثالية والواقعية» للشيخ مصطفى شلبي ص١٤٢ وما يليها.

(٢) أي: تطبيقاً للكليات على هذه الجزئيات، فلا تخرج الجزئيات عن الاندراج تحت كلياتها.

(٣) أي: باعتبار المآلات.

(٤) أو بالقياس القائم على التعليل.

«ويدل على هذا المعنى ـ بعد الاستقراء المعتبر ـ أنه[١] محتاج إلى كثير من البيان»[٢] أي بالاجتهاد.

وعلى هذا، فلا يجوز التخلي عن فريضة الاجتهاد المتواصل، بحال، بياناً للقرآن الكريم، واستخلاصاً للأحكام الجزئية لكل الوقائع الطارئة، ولا جرم أنَّ «**التوقف**» عن الاجتهاد، يؤدي إلى تعطيل التكليف، كما مرَّ، أو اللجوء إلى الجمود الفقهي، أو إلى التعصب المذهبي، وهو هوىً مُتَّبع، يتنافى مع الغرض الأصلي الذي أنزلت من أجله الشريعة كلها، إذْ «ما جاءَت الشريعة إلّا لتخرج الناس عن دواعي أهوائهم»، ولأنَّ «**الهوى**» محالٌ أن يكون قريناً للحق، ولا أن يكون الهوى علةً للحق، إذ لا يدور الحق مع الهوى، **لأن النقيض لا يدور مع نقيضِهِ، وجوداً وعدماً، إذ النقيضان لا يجتمعان، عقلاً وشرعاً**، ولأن الهوى متقلّب، والحق ثابت! وإلّا ما كان الحق حقّاً، ولأن مفهوم الحق شرعاً، هو الموجود الثابت! ولهذا، أشار القرآن الكريم نفسه إلى هذه «المعاني» بقوله سبحانه: ﴿وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ لَفَسَدَتِ ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ﴾ [المؤمنون: ٧١]. ولهذا، كانت «**مقاصد الشريعة**» هي «**كلّياتها**» المعنوية التي تفتقر دوماً إلى الاجتهاد بالرأي، ليمكن تطبيقها على كل ما يجدُّ من الوقائع التفصيلية إذا لم يردْ بخصوصها، دليل خاص.

يقول الشاطبي، في هذا الصدد: «فإذا نظرنا إلى رجوع الشريعة إلى كلياتها المعنوية، وجدناها قد تضّمنها القرآن الكريم على الكمال، والقرآن فيه بيان كلّ شيء، فالعالم به عالم بجملة الشريعة، ولا يعوزه منها شيء»[٣].

الأصل العام وجوب تعليلُ نصوص القرآن الكريم شرعاً، ولو كانت النصوص قطعيةُ الدلالة[٤]، وهذا يفتقر إلى الاجتهاد بالرأي لا محالة، وفي كل آن، لاستنباط

(١) أي: القرآن الكريم.

(٢) أي: بالاجتهاد بالرأي من أهله. «الموافقات»: (٣/ ٣٦٦).

(٣) «الموافقات»: (٣/ ٣٦٨ ـ ٣٦٩).

(٤) ما عدا التعبدّيات والمقدّرات، والكفّارات، وخصوصيات الرسول ﷺ التي ثبتت بالدليل، استثناءً من الأصل العام.

«علة» الحكم التي هي سبب تشريعه، والباعث عليه، وهذا يتنافى مع اطِّراح الاجتهاد، واللّجوء إلى «التوقُّف» عنه جموداً فقهياً، أو الانحياز إلى التعصب المذهبي، لأنه مخالف للأصل العام في الشريعة، وهو «تعليل النصوص» اجتهاداً بالرأي، في الاستنباط والتطبيق.

إنَّ من المقرّر عند علماء الأصول الذين يُعْتد بآرائهم أن «تعليل النصّ» وتعمُّق أسراره، ومعنى معناه، واجبٌ شرعاً، لتضافر الأدلة على ذلك، فكان أصلاً عاماً عتيداً، لأنه عملٌ اجتهادي بروح التشريع، حتى ولو كان النصُّ قطعيَّ الدلالة، وذلك معناه: وجوب استنباط «علة» حكم النص، أو السبب الموجب له، والباعث على تشريعه، **وضابط حكمة مشروعيته**، وهذه «العلّة» عقليةٌ، تستنبط عن طرق مسلك المناسبة، في معظم أحوالها، لأنها غير منصوصة، وقد اجتهد العلماء، في تبيين «مسالك العلة» التي تعتبر أدلّةً معتبرةً على قيامها، وعلّيَّتها، لأنها مراد الشارع أو مقصده، من تشريع الحكم الذي يعتبر مجرَّد وسيلةٍ لتحقيق «**المصلحة**» العملية المعتبرة التي تتحقق من بناء الحكم على علّته، وهذا «**التَّعليل**» عملٌ اجتهادي، للنظر العقلي فيه دورٌ هام، لأنه يدعم «**منطقية**» حكم النص، مما يؤدِّي إلى تعميم هذا الحكم، تبعاً لوجود علته في محالِّها، أي في كافة الوقائع التي تتضمّنها، على سبيل التحقيق، وتعميم الحكم على كافة مواقع علته، ولا يمكن أن يتمّ إلّا بالاجتهاد، استخلاصاً لها، وتحقيقاً في الفروع، وبذلك يكون المجتهد قد ارتقى من أرْضيَّة النصِّ، إلى أُفق منطقيِّتهِ الرحب، تحقيقاً لمراد الشارع وللمصلحة الحقيقية التي تضمنتها علة حكم النص، وهذا تنفيذٌ لمراد الشارع في أوسع مدى، وفي هذا مجال للاجتهاد بالرأي، أيُّ مجال! هذا فضلاً عن استثمار كافة طاقات النصِّ، من خلال وجوه دلالاته العباريَّة، والإشارية، والاقتضائية، ومفهوم الموافقة، ومفهوم المخالفة، مما هو معروف ومبسوط، في علم الأصول[١]، ولا مجال هنا، لتفصيل القول في مفاهيمها، ووظائفها، في إثراء الشريعة، بالمعاني، والأحكام.

---

(١) راجع: «كتابنا المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» موضوع «الدلالات» ص٢٠٩ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

هذا إذا كان النصّ قاطعاً في دلالته. أمّا إذا كان النصُّ ظنياً، غير قاطع، بمعنى أنّ صيغته تحتمل عدّة معانٍ، حسب المنطق للغوي، فالاجتهاد بالرأي واجبٌ منْحتِمٌ، بل هو ألزم، لترجيح أحد المعاني الذي يستند إلى الدليل الأقوى، فلا يكون هذا الترجيح بالهوى، أو تعصباً، لاتفاقه مع ما يقتضيه مذهب معيّنٌ، قطعاً لدابر الاختلاف المصطنع، ولأنَّ الله تعالى شرع حكماً واحداً لكل واقعة، على المجتهد أن يتبيَّنهُ بالدليل الأقوى، اجتهاداً نزيهاً، غير مشوب بهوى أو عصبية، لأن «الشريعة ـ كما يقول الإمام الشاطبي ـ قولٌ واحدٌ، أصولاً وفروعاً، وإنما اختلاف الفقهاء ليس إلّا تحويماً منهم، لتبيُّن وجه الحق» في كل مسألة تعرض، بكل نزاهة وإخلاص، وموضوعية، حتى إذا تنازع الفقهاء المجتهدون المخلصون لله دينهم، وجب حينئذ، رَدُّ المتنازَع فيه إلى الله والرسول، لصريح قوله سبحانه: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩]، وقوله سبحانه: ﴿وَلَوۡ كَانَ مِنۡ عِندِ غَيۡرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُواْ فِيهِ ٱخۡتِلَٰفٗا كَثِيرٗا﴾ [النساء: ٨٢] على ما يأتي بيان ذلك. على أن هذا يدعونا إلى البحث فيما ذهب إليه الإمام الشاطبي من أن الشريعة الإسلامية «قولٌ واحد» لا اختلاف فيها، كما أنها في أصولها كذلك، بل لا يصلح فيها غير ذلك، ويقيم الأدلة المتعددة على هذا الأصل، إذ يقول:

«الشريعة كلُّها، ترجع إلى «قول واحد» في فروعها، وإنْ كَثُر الخلاف، كما أنها في «**أصولها**» **كذلك، ولا يصلح فيها غير ذلك**»[1]. وينهض بهذا الأصل أدلة نوردها فيما يلي:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَلَوۡ كَانَ مِنۡ عِندِ غَيۡرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُواْ فِيهِ ٱخۡتِلَٰفٗا كَثِيرٗا﴾ [النساء: ٨٢].

ووجه الاستدلال: أن إطلاق كلمة «**اختلافاً**» في الآية الكريمة، لا يصرفها إلى خُصوص «**العداوة**» التي تحمل على التفرق والاختلاف في أصول الدين فحسب، بل تشمل بإطلاقها، «**نفي وقوع أي اختلاف ألبتة**»[2]، في واقع الأمر، ولو كان في

---

(١) «الموافقات»: (٤/ ١١٨).

(٢) المرجع السابق ص١١٩.

نصوص الشريعة، ما يقتضي أحدها قولين مختلفين في مسألة، لم يصدق مدلول الآية الكريمة، على حال[١]، فالواقع أن كل واقعة لها حكم واحد في الشريعة على المجتهد أن يتبيَّنه.

ب ـ قوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ﴾ [النساء: ٥٩]. ووجه الاستدلال على المدَّعى، أنَّ وجوب ردِّ المتنازَع فيه إلى الشريعة، من أجل رفع النزاع، ولا يتم ذلك بداهةً، إلّا إذا كان في الشريعة «قولٌ واحدٌ» للمسألة المتنازع فيها، ولو كان فيها ما يقتضي قولَيْن أو أكثر، لا يرتفع النزاع، فلا يكون في الرجوع إلى الشريعة حينئذ رفعُ تنازعٍ، وهذا باطل، لأنه مناقض لمدلول الآية الكريمة، فما أدّى إليه مثلُه[٢]!

ج ـ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُواْ كَٱلَّذِينَ تَفَرَّقُواْ وَٱخۡتَلَفُواْ مِنۢ بَعۡدِ مَا جَآءَهُمُ ٱلۡبَيِّنَٰتُۚ﴾ [آل عمران: ١٠٥].

ووجه الاستدلال: أن «**البيِّنات**» هي الشريعة، فلولا أن الشريعة «**قولٌ واحد**»، لما قيل لهم: «من بعد ما جاءهم البينات» فالشريعة ـ في واقع الأمر ـ لا اختلاف فيها[٣].

د ـ قوله تعالى: ﴿وَأَنَّ هَٰذَا صِرَٰطِي مُسۡتَقِيمٗا فَٱتَّبِعُوهُۖ وَلَا تَتَّبِعُواْ ٱلسُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمۡ عَن سَبِيلِهِۦۚ﴾ [الأنعام: ١٥٣].

وظاهرٌ، أن طريق الحق، واحدٌ، لا يتعدَّد، وذلك أمرٌ عام في جملة الشريعة، وتفاصيلها[٤].

هـ ـ قوله تعالى: ﴿كَانَ ٱلنَّاسُ أُمَّةٗ وَٰحِدَةٗ فَبَعَثَ ٱللَّهُ ٱلنَّبِيِّـۧنَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنزَلَ مَعَهُمُ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَ ٱلنَّاسِ فِيمَا ٱخۡتَلَفُواْ فِيهِۚ﴾ [البقرة: ٢١٣] فهذه الآية الكريمة، تنفي أن يكون ثمة اختلاف في أحكام الشريعة، للمسألة، أو القضية الواحدة، إذْ لا يمكن أن تكون «**حاكمة**» بين الناس، فيما شرَعَت من أحكام، إلّا أن تكون **قولاً**

---

(١) «الموافقات»: (٤/ ١١٩).

(٢) أي: عبث لا يصار إليه.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

واحداً، وإلّا بقيّ الخلاف قائماً بين المتنازعين، دون فصل فيه، وهو خلاف النص[١]!!

و ـ وقوله عز وجل: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ نَزَّلَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ ۗ وَإِنَّ ٱلَّذِينَ ٱخْتَلَفُوا۟ فِى ٱلْكِتَٰبِ لَفِى شِقَاقٍۭ بَعِيدٍ﴾ [البقرة: ١٧٦].

فحصيلة معاني هذه الآيات الكريمة ـ وغيرها كثير ـ أن الاختلاف مذموم، وأنَّ الرجوع إلى الشريعة، لفصل النزاع، واجب، وذلك قاطعٌ في أنّ الشريعة لا اختلاف فيها، وإنما هي على مأخذٍ واحد، وقولٍ واحد، وهو المطلوب[٢]، فثبت قطعاً، أن الاختلاف لا أصل له في الشريعة.

على أنّ الإجماع منعقد، على أن «**الاختلاف**» لو وقع، في الحكم الاجتهادي، فيجب «الترجيح» بالدليل الأقوى، وفي ضَوْءِ مقاصد الشريعة، حسماً له ما أمكن، **لأن للشريعة قولاً واحداً**، على المجتهدين أن يبذلوا قصارى جهودهم، في أن يتبيَّنوه، ويقيموا الأدلة عليه، أو أن يرجِّحوا واحداً من الآراء المتنازَع فيها، بالدليل القويّ والمرجّح، والترجيح واجب على كل مجتهد، بأن يعمل بقواعده، ليصار إلى الجمع بين الدليلين إن أمكن، أو بترجيح أحدهما، بالدليل الأقوى، وفي هذا إقرارٌ، بل إجماعٌ من الأصوليين والفقهاء، على أنّ الشريعة قولٌ واحد، وأنَّ الاختلاف لا أصل له في الشريعة، ولذا كان مذموماً شرعاً، وأن «الترجيح» أصلٌ من أصول الشريعة، قضاءً على ظاهرة الاختلاف.

وعلى هذا، فافتعال الاختلاف، تعصباً لمذهب، مثلاً، أشدُّ ذماً وتحريماً، من مجرَّد الاختلاف المذهبي المتعصب دون ريب، لأنه مناقض لقصد الشارع كفاحاً، بمقتضى ما قدّمنا، من الأدلة، فيجب العمل بالدليل الأقوى، ترجيحاً لمقتضاه، ولا يجوز إبقاءُ الخلاف قائماً، لأنه مُنافٍ «**لجوهر الشريعة**» التي قامت على قولٍ واحد، جملةً وتفصيلاً، للأدلّة التي قدّمنا، وهذا من أولى مهام الاجتهاد، ولذا كان اختلافهم

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

رحمة، لأنه يفتح باب الاجتهاد وترجيح الأقوى، وإذا ثبت وجوب العمل بالدليل المرجّح، لفضّ التنازع وحسمه، فذلك يستلزم حتماً وبالضرورة، أن **الاجتهاد ضرورةٌ حيوية، في كل آن**، إذ الوقائع تترى متجدِّدة، وبظروفها المتغايرة، فكان «**التقليد**» من قبل المؤهَّل للاجتهاد، أو التقليد في ذاته، محرماً شرعاً على الأمة، فلا يجوز أن تصير إليه، لسبب بسيط، هو أنَّ «التقليد» قول **بلا دليل، ولا اجتهاد، والقول بلا دليل، لا يحلُّ**، لأنه تقوُّل على الله، ولأنَّ منزعه الهوى عادةً، أو الجهل، أو الخطأ غير الاجتهادي، وكل ذلك، منفيٌّ في الشرع، ولاسيِّما الخطأ في الدليل، لأنه إذا كان عن اجتهاد، فصاحبه مأجورٌ، ما دام قد بذل جهده في تحرِّي الحق بنزاهة، ولم يفلح، ولم يعلم أنه أخطأ، أما إذا كان عن جهل، فذلك حرام، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦] ولأن الخطأ عن جهل، زيغٌ في الدين. فتلخص بالأدلة، أن «التعصب الفقهي» أو «التقليد» العريَّ عن الدليل، كلاهما محرّمٌ شرعاً، لأنه على النقيض من الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة، ذلك لأن الأول قولٌ بالهوى، والثاني قولٌ بلا دليل، وكلاهما باطل، **ولأنه «تقوُّل على الله بغير علم»** وهو من «**الكبائر**» لقوله سبحانه: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَٱلْإِثْمَ وَٱلْبَغْىَ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ وَأَن تُشْرِكُوا۟ بِٱللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِۦ سُلْطَٰنًا وَأَن تَقُولُوا۟ عَلَى ٱللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ [الأعراف: ٣٣].

ولهذا، رأينا الإمام الشاطبي، يتّخذ منهجاً علمياً، تفرَّد به، دون سائر الأصوليين التقليديين، ليجعل من أصول الفقه، صرحاً شامخاً ممرَّداً، قائماً على «علم يقيني» ليجتثَّ **الاختلاف** من جذوره ما أمكن، لأن القائم على أصل يقيني، لا اختلاف فيما يتفرع عنه، بداهةً، ولذا، اتّخذ من «مقاصد الشريعة» التي أوسعها بحثاً، وتعمقاً، في كتابه «الموافقات في أصول الشريعة»[1] فكان على النقيض مما سلكه غيره، كالإمام القرافي الذي اتّخذ «**القواعد الخلافيّة**» مجالاً لبحثه، وسمّاها «الفروق» اعتناءً منه، بمناشئ الاختلاف، في حين، أنه كان بمستطاعه، أن يَخْلُصَ من «**القواعد الخلافية**»

---

(١) الجزء الثاني الذي خصّصه للبحث في «مقاصد الشريعة» على نحو لم نره عند غيره من الأصوليين، كما بحث فيه مقاصد المكلف.

ليرتقي صُعُداً في أفقه الفكري إلى مستوى أعلى من ذلك، بأن يصوغ من «القواعد الخلافية» قواعد أخرى مشتركة تجمعها، وتُقلِّل من أسباب الاختلاف، وتُضيِّق من دائرتها، كما فعل الإمام الشاطبي في كتابه «الموافقات» ولأن «مقاصد الشريعة» هي قوام الشريعة، وملاك أمرها، ومنتهى غاياتها[1].

وعلى هذا، فلا غرابة إذن، أن يشترط أولاً، وقبل كل شيء، أن يتوافر في «المجتهد» أن يكون عالماً أوّلاً **«بمقاصد الشريعة»** متفهماً لها، وما عدا ذلك من الشروط التي اشترطها الأصوليون، لا تعدو أن تكون ـ في نظره ـ خادمةً للأولى ـ كما قدّمنا ـ وهذا النظر الاجتهادي، عند الإمام الشاطبي، فيما يتعلّق بمؤهّلات المجتهد الأساسية، لتؤهله لصلاحية البحث في الشريعة، وإعمال النظر العقلي في الاستنباط، لم نره عند غيره، لأن هذا الشرط، ضروري ـ في نظره ـ لتحقيق **«حكمة المشروط»**، وبذلك **تضيق «هُوَّة الاختلاف»** بين المسلمين، وفي هذا المعنى يقول، ما نصُّه: «إنما تحصل درجة الاجتهاد، لمن اتصف بوصفين:

أحدهما: فهم مقاصد الشريعة.

والثاني: التمكن من الاستنباط، بناءً على فهمه فيها، والتمكن لا يتم إلّا بدراسة آيات الأحكام والسُنّة واللغة، وما إليها.

أما الأوّل: فلأن الشريعة مبنيَّةٌ على «اعتبار المصالح» وأنَّ «المصالح» إنما اعتبرت من حيث وَضَعها الشارع كذلك، لا من حيث إدراك المكلَّف إيَّاها، أي إدراكاً بحتاً، دون مراعاة تلك الحقيقة، قطعاً لمنازع الأهواء[2]، وهي مثار الاختلاف.

«وأمّا الثاني» فهو كالخادم للأول، فإن **«التمكن»** من ذلك، إنما يتمُّ بواسطة **«معارف»** محتاج إليها في فهم الشريعة أوّلاً، ومن هنا، كان **خادماً للأول**، وفي استنباط الأحكام ثانياً، لكن لا تظهر ثمرة الفهم، إلّا في الاستنباط، وإنما كان الأول

(١) فكانت أصولاً كلية يقينية.

(٢) المرجع السابق: (٤/ ١٠٦)، وانظر تعليق الشيخ دراز مع التصرف.

هو السبب في بلوغ هذه المرتبة، لأنه **المقصود**، والثاني: **وسيلة، والغاية مقدَّمةٌ على الوسيلة**[١] على ما بسطنا القول فيما سبق من البحوث.

هذا، وإنما كان العلم بمقاصد الشريعة، شرطاً أوّلياً في أهلية المجتهد، فذاك، لأن هذه المقاصد أصول يقينيَّة، لأنها ثابتة بالاستقراء التام، أصولاً وفروعا، فكانت **مُنطلقات فكرية للنظر العقلي، تعصمه من الوقوع في التقليد أو الخطأ، أو الانحراف، أو الهوى**، ولأنَّ مغالبة الهوى، والعصبية، للعقل الإنساني، تُفسد عليه منطِقه السليم، كما تعبث بسلامة أحكامه على الأشياء، كما هو معلوم، ولأن الهوى لا يدور مع الحق ـ كما أسلفنا ـ وأما «**التقليد**» بما هو قولٌ مجرَّدٌ عن الدليل، وتحكيم المقاصد، وبالتالي عن الاجتهاد، فهو تعطيل للعقل عن وظيفته التي خُلِق من أجلها، في حين أنه مأمور شرعاً بأدائها، من التفكُّر، والتعقُّل، والتذكُّر، والتدبُّر، والتفقُّه، ومسؤولية الإنسان عن كل أولئك، مقررةٌ شرعاً، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلسَّمْعَ وَٱلْبَصَرَ وَٱلْفُؤَادَ كُلُّ أُوْلَـٰٓئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْـُٔولًا﴾ [الإسراء: ٣٦] إذ كان في وسعه ذلك، لكنه لم يتجشَّم عبءَ الاجتهاد، والنظر العقلي الذي يتّخذ من «المقاصد» المنطلقات الفكرية.

وعلى هذا، فلا بدَّ من مواجهة الحياة في العصر الحاضر، مواجهةً فعلية، ولا سيما في قضاياه الجديدة المعقَّدة، في سائر النواحي، وذلك بوضع هذه «**القضايا**» على بساط البحث، في ضوء «مقاصد الشريعة» دون التقيُّد بمذهب معيَّن، ليتوصل المجتهدون ـ ببذل أقصى جهد لديهم ـ إلى معرفة حكم الله تعالى، في كل واحدة منهما، وليكن «**الاجتهاد جماعياً وشورياً**»، في كل قطر من أقطار المسلمين، أو في كافة أقطارهم، شريطة أن يكونوا على خبرة بشؤون الحياة أيضاً، أو أن يستعينوا بذوي الخبرة العلمية والحياتية إذا أعوزهم ذلك، ولو فعلوا ذلك لخرجوا بنتائج علميَّة، تجعل الفقه الإسلامي قادراً على أن يحكم بما يسعد البشرية، وأن يرسِّخ في بيئاتهم مقوِّمات الحضارة الإنسانية، فضلاً عما يتْبع ذلك، من تبصير المسلمين، بحقيقة الإسلام، **في الفكر، والتطبيق، والسلوك**[٢].

---

(١) المرجع السابق ص١٠٦ ـ ١٠٧.

(٢) راجع كتاب «الاجتهاد» للأستاذ المرحوم محمد سلام مدكور ص٢٠٥.

على أنه ينبغي في هذا المقام، أن نعرض، لإمكانية الشريعة الإسلامية، بما تتضمّن من «مرونة» في «**مصادرها**» يُقْدِرها على مواجهة الحياة الحاضرة، بقضاياها الجديدة، المعقَّدة، والمتكاثرة، فنقول:

مظاهر المرونة في التشريع الإسلامي:

إنَّ «مظاهر مرونة» التشريع الإسلامي، لمواجهة أحداث الحياة المعاصرة، على تجدُّدِها، وتعقدها، وتكاثرها، تتركز فيما يلي:

أوّلاً: سَعَةُ مدلولات نصوصه، وإنسانية مبادئه التي تبدو في شمول مفاهيم قِيَمِهِ، ذلك، لأنَّ منهج القرآن الكريم، إنما جاء ـ كما أسلفنا ـ على نحو «**كليّ**» غالباً، ولم ينزل إلى التفصيلات، وحتى ما جاء فيه من «جزئيات» فمردُّها إلى «**الكليّات**» تطبيقاً لها، ولا شك، أن اتساع المفاهيم على هذا النحو الإنساني، كفيلٌ أن يستوعب من «الجزئيات» ما لا حصر له، وفي هذا المعنى يقول الدكتور السنهوري حكايةً عن بعض الفقهاء، بالنسبة للقانون السويسري الذي أُعجبت به أوروبا كلها، بالنظر لما يتضمّن من «قواعد كلية» تقدره على مواجهة أحداث الحياة، فتندرج في حكمها، فكانت بذلك أقوى على الاستجابة لكلِّ «التطورات» في مناحي الحياة، إذ يقول الفقيه «جوسران» فيما نقله عنه الدكتور السنهوري، ما يلي:

«إنّ «**التقنين السويسري**» قد فاق «**التقنين الألماني**» من وجوه كثيرة، فهو أكثر «مرونة» وأقلُّ صِبْغةً فقهية، وأكثر قبولاً للأفكار الحديثة في المساواة، والتضامن الاجتماعي، وهو لم يحاول أن يوجد حلاّ لكل فرض، بل ترك للقاضي وللفقيه، حرية واسعةً في التقدير، وفي الاجتهاد، واكتفى بتقدير المبادئ العامة، فأمَّن بذلك، أن يُشَلَّ تشريعه من تطور القانون»[١].

ثانياً: شمول «مقاصد الشريعة» بما تتسّع للمصالح الدنيوية بجميع مناحيها، والمصالح الأخروية، على السواء، مما لا يجعل وليجة لأن يتسَّرب إلى هذا التشريع،

(١) مجلة المحاماة، السنة السادسة، ص٥١.

عواملُ اختلال التوازن، أو عدم التكامل، سواء بالنسبة إلى الإنسان الفرد جسماً وروحاً، أم بالنسبة للأمة فرداً ومجتمعاً، أم بالنسبة لطبيعة المصالح، دنيوية وأخروية!!!.

وشمول هذه «**المقاصد**» يتبدّى في «الضروريات الخمسة»: من **الدين**، **والنفس**، **والعقل**، **والنسل**، **والمال**.

الشريعة، بقواعدها، وأحكامها التفصيلية، كلّها متّجهة إلى تحقيق هذه المقاصد الخمسة الشاملة، لإقامة الحياة الإنسانية السلمية، الكاملة، المتوازنة، وتوجب الشريعة «**المحافظة**» عليها بسنّ التشريعات الاجتهادية المؤدية إلى تحقيقها، غير أنَّ مفهوم «**المحافظة**» لدى الإمام الشاطبي، لا يعني «الصيانة» فقط، وإنما يتناول «**الإقامة أو الإنشاء**» لما تلحُّ الحاجة أو الضرورة إلى إقامته من المصالح العامة، والمرافق في الدولة، كما تتناول «**التنمية**» فليس المقصود إذن بالمحافظة، خصوص «**الصيانة**» بل ما يتناول الإنشاء، والتنمية، لسائر مرافق الحياة، والمصالح العامة، والفردية على السواء، وفي هذا من السعة ما فيه! مما يمنع **التخلف**، **والجمود الحضاري**[1].

ثالثاً: تعليل أحكام الشريعة[2]، سواء أكانت تلك الأحكام، ناشئة عن «مبادئها العامة» أو أحكامها الفرعية التفصيلية، لتوسيع نطاق «منطقية حكم النص» وتطبيقه، وقد أوسعنا القول في التعليل آنفاً.

رابعاً: **تنوُّع دلالات النصوص أو وجوهها**: من عبارة النص، وإشارته، ومفهوم الموافقة، ودلالة الاقتضاء، ومفهوم المخالفة، وهذه الوجوه من **الدلالات**، تُثري النص بالمعاني، والأحكام، ولكن لا بدَّ من الاجتهاد بالرأي القائم على النصوص، في كل عصر، لاستثمار طاقات النص، وهو علم قائم برأسه، مما يقضي بأن «**التقليد**» أو «التعصب المذهبي» واطّراح الاجتهاد بالرأي، يعطّل النصوص عن إفادة معانيها

---

(١) «الموافقات»: ج٢، «مقاصد الشريعة» ص٨ وما يليها.

(٢) مما ليس تعبدياً من الأحكام، ولا المقادير الشرعية، ولا الكفارات وما إليها، ولا خصوصيات الرسول ﷺ.

التي تُوَسِّع من مجال تطبيق الشريعة، على أوسع مدى. ولا ريب أن تعطيل «دلالات النصوص» التي يفيدها النص بوجوه دلالاته الأصولية «**تعطيلٌ عن التكليف**» أيضاً، وهو «**هَدْرٌ لأحكام الشارع**» يؤدي إلى هدم «**المصالح**» التي توخّاها الشارع، من أصل تشريع الأحكام، وهذا إضرار بالأمة إضراراً كبيراً، فضلاً عن أنه في الشرع محرَّم وممنوع، فما يؤدِّي إليه مثله!

خامساً: تفصيل «المحظورات أو المحرمات» لأنها قليلةٌ نسبياً، ولذلك فصَّلها القرآن الكريم لقلَّتها، وما عدا ذلك، **فكلُّه مشروع**، ومعنى ذلك، أن **الأصل إطلاق المباح**، فالأصل في **الأشياء الإباحة، والاستثناء هو التحريم**، والمحرَّمات قليلة ومنصوص عليها، لقلَّتها، ولا نتصور «مرونةً» في التشريع الإسلامي، أوسع من هذه المرونة!

سادساً: «**العموم المعنوي**» ونعني بذلك «**الأُصول المعنوية**» المستقرأة من المبادئ العامة، ومن أدلة أحكام الفروع، والجزئيات اجتهاداً، و«الأصل المعنويّ العام كالأصل اللفظي العام» كلاهما حجّة قاطعة، في بناء الحكم عليه، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «العموم إذا ثبت، فلا يلزم أنْ يثبت من جهة صيغ العموم، بل له طريقان:

أحدهما: **الصيغ إذا وردت**، وهو المشهور في كلام أهل الأصول، كما يقول الإمام الشاطبي.

والثاني: استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن «**أمرٌ كلِّيٌّ عام**»[١] فيجري في الحكم **مجرى العموم المستفاد من الصيغ**، والاستقراء التام يفيد القطع، فالعموم اللفظي، كالعموم المعنوي، كلاهما حجة، وعمدة في الاستنباط، لأنه مصدر من مصادره، كالمبدأ العام، وهذه العمومات المعنوية، تمدُّ الاجتهاد بالرأي، بمبادئ عامة، يجد فيها المجتهد سعةً في مفاهيمها الكلية، لما يمكن أن يندرج تحتها من

(١) أي معنى كليّ عام.

جزئيات لا تحصى على مرّ الزمن، لتحقق مناطها فيها، وبهذا يكون الاجتهاد بالرأي في الشريعة، أمراً لا ندْحة عنه، من وجهين:

الأول: من جهة «التأصيل الاجتهادي» وهو ما نهض به الرعيل الأول، من أئمة التابعين، كما بيّنا، والتأصيل يتمُّ باستخلاص «العمومات المعنوية» الثابتة قطعاً، عن طريق الاجتهاد الاستقرائي التام، كما أوضحنا، وتقعيد قواعد الأصول التي تشكل المنهج العلمي في الاجتهاد التشريعي.

الثاني : من جهة التفريع، بناءً على تلك العمومات المعنوية، والقواعد المنهجية العلمية الأصولية، ضبطاً للتفكير الاجتهادي العلمي أن يشْتَّط، أو يضلّ، وفي هذا من السعة ما لا ينقضي الإعجاب منه!!؟

ولا جرم، أن التقليد ـ بما هو قول مطلق، بلا دليل يؤيده، وكذلك الجمود الفقهي الذي يطرح الاجتهاد جملةً، ويكتفي بالاجترار، والتكرار، دون تبصُّر بطبيعة القضايا العروضة، وظروفها الملابسة، والمعقدة، في هذا العصر جاء مضاداً لأصل الاجتهاد بالرأي، مما يصدّ الشريعة عن مواجهة هذه الوقائع المتجددة، والحيلولة دون العمل على استثمار طاقات نصوصها، ظاهراً، ومعنىً، وروحاً، ومقصداً، ودون الاستهداءِ بكلياتها اللفظية، وعموماتها المعنوية، مما استخلص بعضها بالاستقراء التام، لأنها من صميم مفاهيمها التي تسهم في بناء كيانها التشريعي.

هذا، والاجتهاد بالرأي على نحو جماعي لاستخلاص بعضها الآخر، مما لم يُستقرأ بعد، وعدم الاكتفاء أو الاجتزاء ببعضها دون بعض، واجب شرعاً، لأنها **«كليّاتٌ معنويّةٌ» موجِّهةٌ، وثابتةٌ على وجه اليقين**، تفوق القياس الجزئي حجّةً، لمقام الظنِّ في القياس، واليقين أقوى من الظنِّ، وأرجح في تحقيق مراد الشارع، وأدعى إلى تقليل أو مَحْو ظاهرة الخلاف المذهبي، ومناشئ أسبابها، وهو مقصد شرعيٌّ قطعيٌّ. هذا فضلاً عن وجوب الاستهداءِ بمقاصدها العامة الأساسية ـ كما ذكرنا ـ لأنها تعتبر «كلياتٍ يقينيةٍ» تعصم المجتهد من الوقوع في الخطأ في الفكر الاجتهادي، وتضبطه، بحيث تجعله يتَّخذ وجهةً أو مساراً يترسّم فيه الوجه الذي أوحى به الله

تعالى، ولأنه يتّخذ من هذه المقاصد، معالم ترسم له المنهج العلمي القويم السليم الذي يُحدِّد له الهدف، بحيث يكون قصد المجتهد في الاجتهاد، مُطابقاً لقصد الله في التشريع، كَمَلاً، وهذا ما أدركه الإمام الشاطبي، حيث يقول ما نصُّه: «قَصْدُ الشارع من المكلَّف، أن يكون قصده في العمل، موافقاً لقصد الله في التشريع»[١] وإلّا كانت «**المناقضة**» التي هي علة بطلان العمل الاجتهادي كلّه، لأنَّ مناقضة الشارع باطلة إجماعاً، فما يؤدِّي إليها باطل لا محالة، وفي هذا المعنى يقول الشاطبي ﷺ: «من ابتغى في تكاليف الشريعة، غير ما شرعت له[٢]، فقد ناقض الشريعة، ومن ناقض الشريعة، فعمله في المناقضة باطل، فما يؤدِّي إليها باطل»[٣].

على أنّ هذا «**الأصل العام**» عمومه معنوي مستقرأ استقراءً تاماً، قد أصّله الإمام الشاطبي، **ضابطاً** للاجتهاد بالرأي من أهله، كما هو ضابط ـ في الوقت عينه ـ لتصرفات المكلَّفين في تطبيقات جزئيات الشريعة، تبعاً لتصورهم، ودوافعهم النفسية، وبواطنهم الوجدانية، حتى يكون الاجتهاد بالرأي، أو تصرفات المكلَّفين، موافقةً لأحكام الشريعة، ظاهراً وباطناً، كما أسلفنا، بعيدةً عن الهوى، والتعصب!!

على أن الذي يعنينا، هو «**ضبط الاجتهاد التأصيلي والفروعي معاً**»، فينبغي أن يكونا متَّجهين، ومتَّحدين، من حيث المسار الذي رسمه الشارع، ومتطابقين مع ما اتخذه الشارع نفسه من سَنَن المشروعات، فيُقضى حينئذ على بواعث الهوى، أو التعصب المنافي، أو الجمود المناقض، لأنه لا يستجيب لهذه الأصول المعنوية الضابطة التي تعتبر يقينيةً، بعدم مراعاة الظروف الجديدة التي تتطلب اجتهاداً يقدِّر ما ينشأ عنها من أدلة جديدة، قد أولاها الشارع نفسه اعتباراً وتقديراً خاصاً[٤]، كفالةً للمآلات المشروعة التي قَصَدَ الشارع حُصولها، وتأمينها، واستبعد «المآلات الأخرى غير المشروعة، وحرَّمها، ومن هنا، جاءَ تأصيل الأصوليين لمبدأ «**الاستحسان**»

---

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٣١).

(٢) والاجتهاد تكليف من تكاليف الشريعة، لأنه فرض كفائي، فيدخل في مضمون هذا الأصل وحكمه.

(٣) المرجع السابق: (٢/ ٣٣١ ـ ٣٣٣).

(٤) المرجع السابق: (٣/ ٣٦٦)، وراجع أيضاً ص١٦٢.

لمعالجة المآلات الواقعة أو المتوقعة، فيتّحد بذلك مسار الاجتهاد، ويقضى على النظر الاجتهادي العام المخالف، أو الجزئي، لأنه كان من أهم مناشئ اختلاف الفقهاء، أو الفوضى التشريعية الفردية التي تعتمد تفسير الأدلة الجزئية، بقطع النظر عن الموجِّهات الكلية الثابتة يقيناً بالاستقراء التام، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي، ضبطاً لعمليَّة الاجتهاد الأصولي ما يلي: «تعريف القرآن بالأحكام الشرعية، أكثَرُهُ كلِّي، لا جزئي، وحيث جاء جزئياً، فمأخذه على الكليَّة: إما بالاعتبار، أو بمعنى الأصل»[1].

فقول الإمام: «إما بالاعتبار» أي باعتبار المآلات، في الاجتهاد الجزئي، تفادياً لها أن تكون منافيةً لأصل المشروعية، وهو ما يسمى «**بالاستحسان**» عند الأصوليين: «وحقيقته استثناء الواقعة من عموم حكمها الأصلي، لظروف عارضة أدّى تطبيقه في ظلِّها إلى مآل غير مشروع، يُنافي «أصل العدل»، كما ينافي أصْلَ المصلحة الحقيقية المعتبرة، وتطبيق قاعدة أخرى، أو حكم شرعي آخر، يحقق الأصل العام للمصلحة والعدل، تحرِّياً لمقصد الشارع في التشريع، في كلياته وجزئياته، ولهذا يقول ابن رشد، في كتابه «بداية المجتهد»: «إنّ الاستحسان» التفاتٌ إلى المصلحة والعدل»[2].
أمّا قوله «بمعنى الأصل» فهو «القياس» الأصولي الذي يعتمد على تعليل النصِّ، واستنباط علّة حكمِهِ التي هي روحُهُ، أو معنى معناه، توسيعاً لمنطقية النص، وهو تعميم معنوي، كما ترى، ومقصود للشارع قصْداً أولياً من تشريع الحكم.

هذا، وإذا كانت الظروف متغايرةً أبداً، فالاجتهاد مستمرٌّ أبداً ضرورةً، خشيةَ أن يؤدِّي «التطبيق الآلي»، أو «الجمود الفقهي» دون مراعاة الظروف المتطورة، أو «المآلات الممنوعة» إلى مخالفة الشريعة، كلياً، أو الخروج عن مقتضى أصل العدل والمصلحة، كما قدّمنا، لأنهما «**عماد الشريعة، وملاك أمرها**». وهذا ـ بلا ريب ـ ضمانٌ للاجتهاد الفروعي، أن يكون دائراً في نطاق «الأصل الكلِّي في الشريعة» لا يتعداه، كيلا يقع «التناقض» بين الجزئي والكلي، وهذا الأصل، يتفادى الوقوع في

(1) «الموافقات»: (3/ 366).
(2) «بداية المجتهد»: (2/ 162).

الخلافات المذهبية، وهو عُمْدَةُ الترجيح لأحد الآراء الاجتهادية إذا ما وقع لتنازع!! إذْ لا يستطيع أحدٌ الترجيح إلّا في ضوء المآلات.

هذا، والتناقض بين الحكم الاجتهادي الجزئي مع الأصل الكلي في الشريعة، هدمٌ للحكم الشرعي الصحيح، وهو يضاهي أو يماثل «**التوقف أو الجمود الفقهي، أو التقليد**» لأنه «**توقف**» عن مواجهة الأحداث المتطورة وعن إمدادها بالأحكام الشرعية التي «**تناسبها**»، والمصادر في الشريعة ذات مرونة عجيبة، كما قدمنا، فالعجز في العقول، لا في الشريعة، وفي هذا المعنى يقول العلامة المرحوم الشيخ أبو زهرة، من العُلماء المحْدثين: «وإذا كانت الفتوى لازمةً في كلِّ عصر، لأنَّ الناس يجدُّ لهم من الأحداث كلَّ يوم، ما يستفتون فيه، فلا بدَّ إذن من المجتهدين في كلِّ عصر، ولا يجوز أن ينقطعوا حتى لا يلجأ العامة إلى «**النّاقلين**»» ـ أي المقلِّدين ـ بغير علم، أو «**يتوقفوا. . .**» وهذا هو التقليد بلا دليل، **أو الجمود الفقهي**[1] بعينه!!

ثم يتابع قوله: «لأن المجتهدين ـ أي في العصر الثاني ـ اجتهدوا في أن يفهموا خصائص الأمور التي يطبُّون لها، ومقدارَ المصلحة فيما يُفْتون، أو دفع المضرة[2] فيه، وربط ذلك بالأصول العامة»[3].

وهذا القول ـ كما ترى ـ يؤكّد ما قررناه آنفاً من أنَّ الحكم الفرعي الاجتهادي في الوقائع المتجددة، ينبغي أن يكون «مناسباً» **لخصائصها**، لأن معنى «**المناسبة**» هنا، أن يكون ترتيب الحكم عليها، جالباً لمصلحة شرعية، أو دارئاً لمفسدة حقيقية، مع وجوب أن يكون دائراً في نطاق الأصل العام، أو الأصول العامة في الشريعة، لا ينافيها، وهذا يتطلب الاجتهاد المستمر حتماً، لاستمرار حدوث الوقائع، وتجدد طبائعها، أو تغيّر ظروفها، وخصائصها، وهذا ما يستلزمه أيضاً، منطقُ التشريع المتَّسق

---

(١) «مالك» ص٤٤٩، مكتبة الأنجلو المصرية، و«تاريخ المذهب الفقهية» لأبي زهرة ص٢٥٦.

(٢) وهذا هو الأصل العام الذي تقوم عليه الشريعة، من جلب المصلحة ودفع المضرة، فينبغي ألا ينافي الحكم الفرعي الاجتهادي هذا الأصل العام، وأكد هذا بقوله: وربط ذلك بالأصول العامة.

(٣) المرجع السابق.

الذي لا يعرف التناقض بين جزئياتهِ وكلياتِهِ!! لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُواْ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢]!!

مرونة مصادر الشريعة، وسَعَةُ مفاهيمها، ومداركها، وأصولها اللغوية والمعنوية، وشمول مقاصدها الأساسية، وتعليل أحكامها، وخططها التشريعية التي تحكم المآلات، وسَمَاحتها، لا يعني ذلك كلُّه، أن الشريعة سيَّالةٌ غير منضبطة، وبيان ذلك:

إن السيولة وعدم الانضباط، مؤدٍ حتماً إلى النقيض مما قامت عليه الشريعة الإسلامية، من التحرُّز، والحزم، والاحتياط، وسدّ ذرائع الفساد، جملةً، كما أنَّ عدم ضبط الخلْق بقواعد محكمة، لا يَحْجُرُ النفوسَ عن هواها، ولا يوقفها عند حدِّها، والشريعة ما جاءَت، إلّا لتخرج الناس عن دواعي أهوائهم، كما أسلفنا، لذا، فإن سَمَاحتها، ومرونة مصادرها، وسعة مفاهيمها، مقيَّدٌ كلُّه بما هو جارٍ على أصولها، والشرع جاء بالنهي عن اتباع الهوى، ومن هنا، كان تتبُّع الرُّخَص، أو التلفيق، محرَّماً شرعاً، على الراجح، لأنه مَيْلٌ مع أهواء النفوس، وهذا مضادٌّ للأصل المجمع عليه، ومضادٌّ أيضاً، لقوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩] فلا يصح أن يُرَدَّ تتبع الرخص إلى الأهواء، بل إلى الدليل الراجح، ولو كان شاقاً الاجتهاد في تبيينه، لأن هذا هو «التكليف الْحَقُّ» ولا مانع من أن يترتب عليه مشقة أزيد من غيره، إذ ليس من معنى للتكاليف، إلّا تجشُّم ما فيه كلفةٌ ومشقَّة، فليس من معنى قول الرسول ﷺ: «**بعثت بالحنيفية السمحة**»[1] تتبع رُخَص المذاهب، كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاءِ، من مثل الكمال بن الهمام، حيث بحث هذه المسألة في باب «**التقليد**»، وخالفه في ذلك ابنُ عبد البر بقوله: «إن تتبع الرخص، لا يخلو من خَلْع الرِّبقة، والتحللِ من التكاليف، أو إسقاطها، وهو ممنوع إجماعاً»[2].

فتلخصَّ، أنَّ ما تتميز به الشريعة، من السَّعة والسَّماحة، إنما معناه «كمالُها»

---

(١) أخرجه أحمد: ٢٢٢٩١، من حديث أبي أمامة، وإسناده ضعيف، وبنحوه: ٢٤٨٥٥، من حديث عائشة، بلفظ: «أرسلت بحنيفية سمحة»، وإسناده حسن.

(٢) «الموافقات».

وقُدْرتها على مواجهة الأحداث التي تقع تترى عبر العصور، إلى يوم القيامة، مواجهةً تجري على مقتضيات أصولها، دون خروج عنها، أو انحراف عن مقاصدها، وإلّا سقطت تكاليفها، وهذا المآلُ محرَّم قطعاً، لا يجوز المصير إليه بحال!

هذا، وكان بوُدِّنا، أن نتناول «أصول سياسة التشريع» التي تعتبر مقاييس ثابتة، ومعايير شرعية، لحماية «**المصلحة والعدل**» فيما يتعلق بالاجتهاد الاستنباطي، والتطبيقي، ولكن المجال، لا يتسع لهذا البحث الأصولي الواسع.

ونكتفي بهذا القدر، والله ولي التوفيق!.



المصادر والمراجع

١ ـ الموافقات في أصول الشريعة، أبو إسحق الشاطبي.

٢ ـ قواعد الأحكام، للعز بنُ عبد السلام.

٣ ـ الرسالة، للإمام الشافعي.

٤ ـ فواتح الرحموت مع متنه مسلم الثبوت، ابن عبد الشكور.

٥ ـ بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد.

٦ ـ أحكام القرآن، لابن العربي.

٧ ـ تاريخ المذاهب الإسلامية، الشيخ محمد أبو زهرة.

٨ ـ مالك، الشيخ محمد أبو زهرة.

٩ ـ الاجتهاد، محمد سلام مدكور.

١٠ ـ السياسة الشرعية، الشيخ عبد الرحمن تاج.

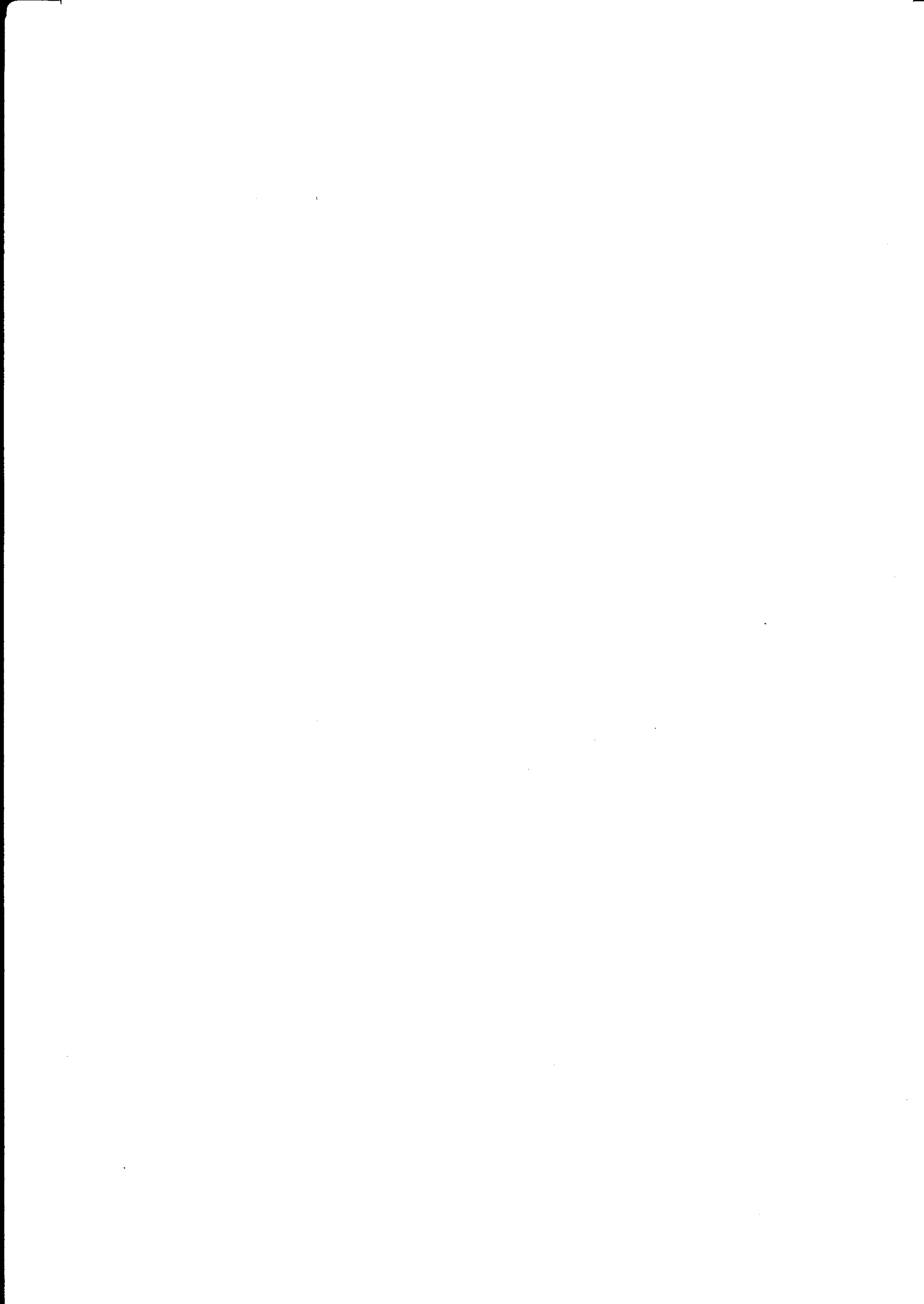
١١ ـ مجمع البحوث، الجزء الأول.

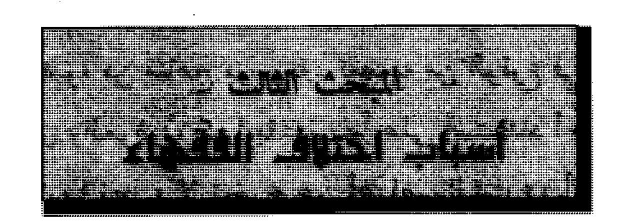
١٢ ـ المثالية والواقعية، الشيخ مصطفى شلبي.

١٣ ـ الفقه المقارن، للدكتور محمد فتحي الدريني.

١٤ ـ أصول الفقه الإسلامي، للشيخ مصطفى شلبي.

١٥ ـ تاريخ الفقه الإسلامي، للدكتور محمد يوسف موسى.





سنقتصر على بيان أهم الأسباب وأعظمها أثراً، سواء في الاجتهاد في الاستنباط أم في الاجتهاد في التطبيق، والنظر في مآلاته.

وذلك يقتضينا أن نتناول أهم المناهج الأصولية التي كانت منشأ الاختلاف.

غير أن التحقيق الأصولي قد أثبت أن الاختلاف لم يكن في أصلها، وإنما في مدى الأخذ بها، أو في مجال تطبيقها، مما يؤكد أن هوة الخلاف ستضيق إلى أقصى حد ممكن في الفقه الإسلامي مستقبلاً، لأنه لم يكن اختلافاً جذرياً في الأصل، كما أشرنا.

ومن هنا كان لا بد لنا من بيان الصلة التي أحكمها الإسلام بين العقل الإنساني العلمي المتخصص، والتشريع الإلهي، وهي التي نوه بها الإمام الغزالي، والإمام العز بن عبد السلام، والإمام الشاطبي، ومن قبل أولئك، أئمة المذاهب الفقهية، والمجتهدون في كل من تلك المذاهب، على ما سيأتي بيانه.

إجماع الفقهاء على إحكام الصلة بين العقل الإنساني(١) والتشريع الإلهي، ولكنهم اختلفوا في تحديد مداها(٢):

قلنا إن الاجتهاد بالرأي هو صلب التفقه في التشريع الإسلامي، بل وفي كل

---

(١) نقصد بالعقل الإنساني الملكة الاجتهادية التي تكونت بفضل توافر شروط الاجتهاد ومؤهلاته، إذ لا يعقل أن يتصدى للاجتهاد في التشريع الإسلامي، أو أي تشريع، من لا يملك القدرة العلمية التي تتوافر بفضل الاختصاص، وعلى أرفع مستوى علمي يحدده له عصره، وقد وضع الأصوليون شروطاً علمية لبلوغ مرتبة الاجتهاد، يضاف إليها ثقافة العصر العامة، والخبرة.

(٢) لا نعبأ بخلاف الظاهرية الذين يرفضون أصل التعليل، وبالتالي يرفضون القياس، كخطة تشريعية =

تشريع، وهو في الشريعة الإسلامية مفروض كِفَائيّاً على من استجمع شرائط الاجتهاد أصولياً، وأضحى ذا ملكة راسخة يقتدر بها على أن يتصدى للتشريع تفهماً واستنباطاً من النصوص على ضوء من مناهج مرسومة، تعصمه من الوقوع في الزلل أو التعسف، أو الانصياع للهوى والغرض، كما يقتدر بها على استمداد أحكام جديدة لوقائع مستحدثة لم يرد بها نص، لا تخرج عن أغراض الشارع، أو تناقض قطعيات النصوص، وأساسيات الشريعة.

وتقدره كذلك على التبصرة بمسالك التطبيق السليم للنصوص في ضوء الظروف المحتفة بالواقعة المعروضة، في كل عصر وبيئة، وقد يقتضي ذلك تأويل النص بدليل قوي، ينشأ عن تلك الظروف ويكشف عن غرض الشارع ومرماه، وذلك بتعيين الحكم الذي يغلب على ظنه أنه مراد الشارع إذا كان النص محتملاً لعدة معان، أو تخصيص النص العام، أو تقييد إطلاقه، أو حمله على المجاز، أو تحديد مجال[1] تطبيقه، أو توسيع أفق منطقه التشريعي على أساس ما يستهدفه من مقصد، ارتقاءً به من أرضية منطوقه اللغوي.

كل ذلك بأدلة قوية، قد تكون الظروف الملابسة المتغيِّرة بعض مناشئها.

اختلاف العلماء في تحديد صلة الطاقة الفكرية للمجتهد بالتشريع:

معلوم أن الظاهرية الذين ذهبوا إلى الوقوف عند ظواهر النصوص، اصطنعوا منهجاً خاصاً بهم في تفسير الشريعة، لا يتفق وطبيعة التشريع نفسه، ذلك أن التشريع ليس معنى حرفياً يؤخذ عن طريق قواعد النحو والصرف والمفاهيم اللغوية فقط، كما أشرنا، بل التشريع «دلالات»[2]، وقواعد قامت على علل وأسباب ومصالح أو مقاصد اقتضتْ تشريعها.

= اجتهادية، هذا فضلاً عن إنكارهم للخطط التشريعية الأخرى من الاستحسان والذرائع والمصالح المرسلة، المتفرعة عن أصل التعليل، واقتصارهم في الاحتجاج على ظواهر النصوص، وأفعال النبي ﷺ، وأصحابه.

(١) راجع ذلك في كتابنا «أصول التشريع الإسلامي» تحت عنوان «صلة الاجتهاد بالرأي بمفهوم العدل» ص٣٣ وما بعدها.

(٢) فاللوازم العقلية المباشرة للنص التشريعي مثلاً، وهو ما يسمى بإشارة النص، حجة، فيما تفيده من =

فالتمسك بحِرْفية النصِّ إذن منهج لا يتفق «ومعقولية الشريعة» من حيث إنها أحكام ليست مجرّدةً عن أسبابها وعللها وما تستهدفه من تحقيق مصالح حيوية في جميع مجالات الحياة، بل لا تجد حكماً واحداً في الشريعة، مما يتعلّق بالتعامل، مسلوب الحكمة التشريعية، أو العلّة التي شُرع من أجلها.

لذا، كان لا بد من «التعليل» في غير الأحكام التعبُّدية[1] المحضة، والمقدرات التي لا مجال للاجتهاد بالرأي فيها.

هذا، والتعليل ـ بما هو تبيين لعلّة الحكم ـ يتّسع مجاله، ليشمل النصوص الظنيّة والقطعية على السواء، بخلاف التأول، فلا يجوز في القطْعيات.

أضف إلى ذلك أن منهج الظاهرية يوقع في مآزق تشريعية، أو التناقض في التشريع، فضلاً عن أنه ينفي عن الشريعة الإسلامية، صلاحَها لكل عصر وبيئية، مما يدحضُ أمرَ خلودها الثابت بالنص القاطع!

فالتعليل يوسِّع من أُفق النص، ويرتقي به من معناه اللغوي والحرفي المحدود إلى منطقه التشريعي الرحب، تحقيقاً لقصد الشارع، وحمايةً لحكمة التشريع التي تمثل المصلحة أو الغاية الاجتماعية أو الاقتصادية التي شرع الحكم من أجلها.

وإلّا ما كان ثمة فرق بين التفسير اللغوي، والاجتهاد التشريعي.

= حكم، لأن من المقرر أصولياً ومنهجياً، ومنطقياً أيضاً، أن النص الدال على الملزوم دال على لازمه، فهو حجة فيهما، ولا يظهر أثر التفاوت بين حجِّيتهما إلّا عند التعارض، فما كان مدلولاً عليه بعبارة النص، مقدَمٌ على ما هو مدلول عليه بإشارته.

وأيضاً، العلة المستنبطة من النص الوارد بحكم الأصل، أمارة ودلالة على الحكم حيثما تحققت، وهي عنصر خارج عن المنطوق، وإن كانت داخلةٌ في منطقه التشريعي، إلّا إذا كانت منصوصة، لأنها مظنة المصلحة المعقولة التي يستهدفها الحكم، لأنه شُرِع من أجلها، بغيَة تحقيقها، وحمايتها، فالتشريع دلالات، ومنها اللوازم العقلية، والعلل، والمصالح.

(١) مثل البحث عن السبب في جعل الصلاة بحركات وسكنات وقراءات معينة معلومة، ومثل تقدير الحد الأدنى من المال ـ وهو النصاب ـ لوجوب إخراج الزكاة منه، أو البحث عن سببِ جعْلِ السهام المقدرة لأصحاب الفروض في الإرث على هذا النحو، أو جعل عقوبة الزنا لغير المتزوجة مئةَ جلدة، وغير ذلك.

فإذا رفضنا «أصل التعليل» باعتباره منهجاً لتفسير الشريعة، وتبيْن مقاصدها، والتفريع على نصوصها، وقواعدها، أفضى ذلك بنا إلى أحد أمرين[1]:

الأول: إمّا القولُ بعجز الشريعة عن إمداد الوقائع المتجدِّدة بحكمها، مما لم يرِدْ فيه نصٌّ، وذلك غير مقبول شرعاً، لأنه يتنافى وكمالُ هذا الدين وشرعه، كما أنه يتنافى وقضيةُ عموم الشريعة، وأنها دين الله تعالى إلى يوم القيامة، لأن نصوصها محدودة متناهية، والوقائع لا تتناهى.

الثاني: وإما الحكم على تلك الوقائع التي لا تتناهى بأصل الحلِّ العام، أو الإباحة الأصلية، في حين أنها قد تكون منطويةً على علَلٍ تستوجب تحريمها، وفي هذا مناقضة لمقصد الشارع وإهدار للمصالح، وقضاء على حكمة التشريع، وكل ذلك باطل، فما يؤدِّي إليه باطل بالبداهة.

والحق أن رفض الظاهرية «للتعليل» أصلاً من أصول التشريع الإسلامي، كان ردَّ فعل للإسراف في الاجتهاد بالرأي، والتعسف فيه.

الإمام الشافعي يقصر مجال الاجتهاد بالرأي على القياس:

حدّد الإمام الشافعي تلك الصلة «بالقياس» فهو آخر مجال للاجتهاد بالرأي عنده، إذ يقول: «**والاجتهاد القياس**».

غير أنه يبدو للمحقق في فقه الإمام الشافعي في كتابه «الأم» أن اجتهاده في الفروع لا يقفُ عند حدِّ القياس الأصولي الخاص، لا يجاوزه، بل يأخذ بمنهج «**الاستحسان**» بمفهومه الأصولي المعروف، وهو الاستثناء من القواعد، لدليل أقوى من القاعدة نفسها، كما يأخذ بأصل سدِّ الذرائع، وبأصل المصلحة المرسلة، ولكن بقدر.

---

(١) «الموافقات»: (٢/ ٢ وما بعدها) للإمام الشاطبي.
الواقع أن الأصل في النصوص التعليل مقولة مجمع عليها، غير أن الخلاف في كون الشريعة معللة بمصالح العباد جملة فحسب، أو جملة وتفصيلاً أيضاً. إلى الأول ذهب الظاهرية، وإلى الثاني ذهب الجمهور.

أما أتباعه من أئمة فقهاء الشافعية، وأصولييهم، فقد صرّحوا بالأخذ بهذه المناهج جميعاً، فضلاً عن «القياس» وتوسَّعوا في التطبيق.

فالتحقيق أن الإمام الشافعي يقول بأصل الاستحسان[1]، وأصل الذرائع، ولكن الاختلاف في الشروط، أي في تحقيق المناط على ما أكَّد ذلك الإمام الشاطبي[2].

يوضح الإمام الشافعي منهجه في الاجتهاد بأجلى عبارة في كتابه «الرسالة»، إذ يقول: «فإن قال قائل: فكيف الاجتهاد؟ قلت: «إن الله جلّ ثناؤه منَّ على العباد بعقول تدُلهُّم بها عل الفرق بين المختلف[3]، وهداهم إلى الحق نصاً ودلالةً».

يؤكِّد المحققون أن الإمام الشافعي يتخذ من مفهوم العدل والإنصاف مبدأً أساسياً في اجتهاده:

على أن ابن القيم الجوزية، قد ذكر أن مبدأ **«الإنصاف» أو «مفهومه»**، أوسع مدى من مفهوم القياس الأصولي هذا، ويُسنَد إلى الإمام الشافعي القول بمبدأ **«الإنصاف»، ووجوب أن يلتزم المجتهد إذا أعوزه النص فيما يجد من الوقائع، كمنهج أصولي، لأنه الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية جملةً وتفصيلاً.**

وابن قيم الجوزية يقرِّر هذه القضية المنسوبة إلى الإمام الشافعي، نقلاً عن

---

(١) وبذلك يكون الإمام الشافعي رحمه الله تعالى قد أخذ بالقياس بالمعنى العام، حتى يشمل (المصالح) المرسلة، ولم يقتصر على القياس الأصولي الخاص الذي قوامه إلحاق فرع بأصل لعلة مشتركة بينهما، «الأم»: (٢/ ٢٧٢).

هذا، وفي اجتهاده الفروعي في كتابه «الأم» يأخذ بقاعدة «المصالح» غير أنه لا يكثر من الاعتماد على هذا الأصل في الاجتهاد، كالمالكية، لأن الفقه المالكي قد اتخذ من «المصالح» محوره في الاجتهاد، فيما عدا القطعيات. بل لا يسع الإمام الشافعي أن يرفض قاعدة الاستحسان والذرائع، ذلك لأن منهج الاستحسان الأصولي، وقاعدة الذرائع، كليهما لا يعدو أن يكون قاعدة للتنسيق بين المصالح المتعارضة، فلا بد للمجتهد من أن يرجِّح أحد الدليلين بمرجح قوي هو ـ في نظر المجتهد ـ محقق لمقصد الشارع، ولا يجوز للمجتهد أن يأخذ بأحد دليلين في المسألة دون ترجيح، لأنه تحكم، ولأن في كل حادثة حكماً واحداً على المجتهد أن يتحراه، كما أشرنا. «الموافقات»: (٤/ ٢٩٤).

(٢) المرجع السابق.

(٣) «الرسالة» ص٤٤٧.

الخطيب البغدادي في كتابه «الفقيه والمتفقه» حكاية عن الإمام الشافعي رضي الله عنه إذ يقول: «لا يحلُّ لأحد أن يفتي في دين الله إلا رجلاً عارفاً بكتاب الله، بناسخه ومنسوخه، ومحكمه ومتشابهه، وتأويله وتنزيله، ومكيِّه ومدنيِّه، وما أريد به، ويكون بعد ذلك بصيراً بحديث رسول الله ﷺ وبالناسخ والمنسوخ، ويعرف من الحديث ما عرف من القرآن، ويكون بصيراً باللغة، بصيراً بالشعر، وما يحتاج إليه للسنة، والقرآن، ويستعمل مع هذا «**الإنصاف**» ويكون بعد هذا مشرفاً على اختلاف أهل الأمصار، وتكون له قريحةٌ بعد هذا»[1]. أي مَلَكة علمية، أو حاسة تشريعية راسخة.

وهذه الصلة الوثقى أكّدها الإسلام في جعله الاجتهاد بالرأي مفروضاً فرضاً كفائياً، كسائر الفرائض، كما يقول الإمام الشافعي نفسه في صدد تقسيمه للنصوص من حيث إن بعضها قطعيُّ الدلالة على معناه لا مجال للاجتهاد فيه، وبعضها ظنيٌّ، كما أن بعضها ورد مجملاً لا يمكن فهم معناه الشرعي المقصود، ولا تفاصيله إلّا من قبل المشرع نفسه، إذ يقول رضي الله عنه في أنواع البيان:

١ ـ «ما أبان الله لخلقه نصّاً ـ مثل جُمَل فرائضه[2] في أن عليهم صلاةً، وصوماً، وأنه حرَّم الفواحش ما ظهر منها وما بطن».

٢ ـ «ما أحكم فرضه بكتابه»[3] وبيّن كيف[4] هو على لسان نبيِّه ﷺ مثل «عدد الصلوات والزكاة ووقتهما».

٣ ـ «ما سن رسول الله مما ليس فيه نصُّ حُكم».

٤ ـ «ما فرض الله على خلقه الاجتهاد في طلبه، وابتلى طاعتهم في الاجتهاد، كما ابتلى طاعتهم في غيره ما فرض عليهم».

ثم ضرب الإمام الشافعي مثلاً للاجتهاد بالرأي في تعيين المثل في جزاء الصيد، ولا شك أن «المِثْلية في الجزاء» من صميم الإنصاف والعدالة.

---

(١) ابن القيم، «أعلام الموقعين»: (١/ ٤٦).

(٢) كالصلاة والزكاة إذ ورد الأمر بوجوبهما فقط دون بيان للتفصيل.

(٣) بين الفرائض والمحرمات دون تفصيل.

(٤) بين تفاصيله وكيفية أدائه وتنفيذه.

على أن الإمام الشافعي يوضِّح مدى الاجتهاد بالرأي ـ بالقياس ـ وأنهما مترادفان، بل هما اسمان لمسمًّى واحدٍ، لقوله في موضع آخر في رسالته الأصولية على نحوٍ يختلف عمّا قرّره ابن القيم، حيث يتساءل: هل ثمة من فرَّق بين الاجتهاد بالرأي في مفهومه وحدوده، وبين القياس بقوله: «أهو ـ أي القياس ـ الاجتهاد، أم هما مفترقان؟».

قلت: هما اسمان لمعنى واحد.. كلُّ ما نزل[١] بمسلم، ففيه حُكمٌ لازم، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة، وعليه، إذا كان فيه بعينه حكم، اتباعه[٢]، وإذا لم يكن فيه بعيْنه[٣]، طلَبِ الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد[٤]، والاجتهاد القياس[٥].

الإمام الغزالي وتحديده لمدى صلة العقل المتخصِّص بالتشريع الاجتهادي:

الاجتهاد بالرأي في نظر الإمام الغزالي ـ وهو شافعيُّ المذهب ـ أوسعُ أفقاً، وأبعدُ مدى ما حدَّده الإمام الشافعي نفسُه، إذ يقول: «**وأشرف العلوم ما ازدوج فيه العقل والسمع**[٦]**، واصطحب فيه الرأي والشرع، وعلم الفقه وأصوله من هذا القبيل**، فإنه يأخذ من صفو الشرع والعقل سواءَ السبيل، فلا هو تصرُّف بمحض العقول، بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول، ولا هو مبنيٌّ على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد والتسديد»[٧].

---

(١) من الوقائع والنوازل.

(٢) وعلى المسلم المجتهد اتباع الحكم المتناول للواقعة بعينها.

(٣) وإذا لم يكن في الواقعة بعينها حكم يتناولها.

(٤) أي يجب عليه أن يجتهد في الاستدلال لتحصيل حكم تلك الواقعة التي لم يردْ فيها نصٌ، وطريق ذلك هو الاجتهاد، بشروطه التي تفضي في غالب الظن إلى سبيل الحق وتبين مراد الشارع.

(٥) وحصر الاجتهاد بالرأي في القياس، فلا اجتهاد بالرأي إلا عن طريق القياس، لكن قدمنا أنه يقول بأصل الاستحسان وبالذرائع والمصلحة المرسلة، «الرسالة» ص٤٧٧.

(٦) النصوص التشريعية كتاباً وسنة.

(٧) أي يناقض مبادئ الشرع وقواعده الأساسية، وأحكامه القطعية، ومقاصد العامة. «المستصفى»: المقدمة ص٤ ـ ٥.

=

وهكذا لا يحدِّد الإمام الغزالي صلة العقل بالتشريع بالقياس، بل يراها صلةً أبعد مدى، لا يحدُّها إلّا الوقوع في التناقض بين مقرَّرات العقل وقضايا الشرع.

هذا، وقد أخذ الإمام الغزالي «بالمصلحة المرسلة» قاعدة للاجتهاد فيما لا نصَّ فيه، بشرط واحد فقط، هو ملاءمتُها لجنس تصرُّفات الشارع[1].

الإمام العزُّ بن عبد السلام لا يحدِّد مدى الاجتهاد بالرأي بالقياس الأصولي الخاص:

إن قاعدة الاجتهاد فيما لا نَصَّ فيه عند الإمام العز بن عبد السلام الشافعي المذهب هي جلْبُ المصلحة، ودفع المضرة أو المفسدة، فقاعدة الاجتهاد بالرأي في نظره هي «المصلحة» حتى ولو لم يردْ بها نصٌّ ولا إجماعٌ ولا قياسٌ خاصٌّ، وبذلك يطلق الإمام العز بن عبد السلام الحرية للفكر الاجتهادي الإسلامي فيما لم يرد فيه نص، فيجاوز القياس الأصولي الخاص إلى «**المصلحة**» **المطلقة** التي لم يردْ نص خاص من الشارع باعتبارها أو إلغائها بعيْنها، بل يستمدُّ حكم المصلحة هذه من مبدأ عام أو من روح التشريع العامة التي يتمثلها المجتهد الحق، وهي التي تمثل «العدل والحق»، الذي يُطلق عليه الإمام «**نفس الشرع**» حيث يقول: «ومن تَتَبَّعَ مقاصد الشرع في جلْب المصالح، ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد[2] أو عرفان[3]،

= هذا، وقد ذهب جمهور الأصوليين إلى أن الإمام الغزالي يشترط في المصلحة المرسلة، ثلاثة شروط، من القطعية، والضرورية، والكلية، والتحقيق أنه لم يشترط إلّا شرطاً واحداً، هو «ملاءمة المصلحة لجنس تصرفات الشارع» والملاءمة معناها اندراج المصلحة تحت أصل عام، وهذا هو «الاستدلال المرسل» «المستصفى» ص٣٠٥.

هذا، وثمة أمثلة لا تحصى أوْرَدها الإمام الغزالي في كتابه «شفاء الغليل» يستبين فيها الباحث، أنه لا يشترط للعمل بالمصلحة المرسلة، تلك الشروط، ولا يتّسع المقام لذكرها.

(١) المرجع السابق.

(٢) أي العلم اليقيني.

(٣) لعله يقصد ما يغلب على الظن من معرفة، أي الظن الراجح، وهو كافٍ في وجوب العمل ـ ويقصد بالمصلحة ـ جلب منفعة أو درء مفسدة، وهذه إشارة إلى أن الظن الراجح كاف في حجِّية العمل بالأصول التي تتفرع عنها أحكام المعاملات لا في الفروع فقط.

بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نصّ ولا قياس خاص، فإن فهمَ نفسِ الشرْع يوجب ذلك»[١].

وحتى لا تكون «المصلحة» صدى للهوى الشخصي، أشار الإمام ابن عبد السلام إلى أن «المصلحة» المقصودة بالتشريع لها بحكم إيجابي أو سلبي[٢]، هي ما كانت متّفقة وروح التشريع العام، وإن لم يرد بها نص خاص، ولا ورد لها نظير، أو انعقد على حكمها إجماعٌ، وهذا تطوُّر بعيد المدى في قواعد الاجتهاد في الفقه الشافعي.

فالاجتهاد بالرأي إذن في خدمة «المصالح»[٣].

الإمام «الجويني» يفسر المنهج الأصولي في الاجتهاد بالرأي عند الإمام الشافعي بمفهوم آخر غير مقصور على مفهوم القياس الأصولي الخاص، بل القياس بوجه عام.

ومفاد هذا أن استدلاله على حكم الواقعة غير المنصوصة بالمصلحة، يُشترط فيها أن تشبه المصالح المعتبرة شرعاً، بأن تكون من جنسها، ولا يُشترط أن يشهد لها نصٌّ خاصٌّ بالاعتبار، كما هو الشأن في القياس الأصولي، إذ يقول:

«ذهب الإمام الشافعي، ومعظم أصحاب أبي حنيفة ﷺ إلى اعتقاد **«الاستدلال»**»[٤] إن لم يستند إلى حكم متفق عليه في أصل، ولكنه لا يستجيز النَّأْيَ

---

(١) وفهم نفس الشرع أي: روح التشريع العامة، التي تسري في جميع نصوصه وقواعده، أي روح العدل والإنصاف فيه. «قواعد الأحكام».

(٢) نقصد بذلك المشروعية أو عدم المشروعية، الوجوب أو التحريم والمنع.

(٣) في عرف الاستعمال القرآني أن المصالح يعبر عنها بالحسنات، والمفاسد يعبر عنها «بالسيئات» قال تعالى: ﴿مَن جَآءَ بِٱلْحَسَنَةِ فَلَهُۥ عَشْرُ أَمْثَالِهَا ۖ وَمَن جَآءَ بِٱلسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَىٰٓ إِلَّا مِثْلَهَا﴾ [الأنعام: ١٦٠].
كذلك النصوص النافية للحرج ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].
وفي السنة قاعدة نفي الضرر «**لا ضرر ولا ضرار**». [أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن]. وهذا يستلزم عقلاً رعاية المصلحة.

(٤) الاستدلال هو قاعدة الاجتهاد بالمصلحة التي يقرها العقل ولا تضاد أصول الشرع، والمقصود بالعقل هنا، «ملكة الاجتهاد» وقد يفتقر الاجتهاد في طلب المصلحة وتقرير الحكم بناءً عليها، إلى الاستعانة بالخبراء من ذوي الاختصاص في جميع المرافق وفروع العلم، كما قدّمنا، فلا بد من عرض «المصلحة» على هؤلاء لتقرير كونها حقيقةً عامة، ترفع حرجاً عن الناس، وتسدّ حاجة أو تدفع =

والبعد والإفراط، وإنما يسوّغ تعليق الأحكام بمصالح شبيهة بالمصالح المعتبرة اتفاقاً، وبالمصالح المستندة إلى أحكام ثابتة الأصول، قارّة في الشريعة»[1].

ثم يضيف موضحاً أن هذا أصل عتيد في المذهب الشافعي، فيقول:

«المعروف من مذهب الشافعي، التمسُّك بالمعنى، وإن لم يستند إلى أصل، على شرط قُرْبِه من معاني الأصول الثابتة».

ولا يقصد المحققون من الأصوليين بالمصلحة المرسلة إلّا هذا المعنى.

الخطر كامن في التشريع بالمصالح المضادة لأصول الشرع الثابتة:

إن الخطر الذي كان أئمة الأصول منه على حذرٍ، هو الإسراف والإفراط في التشريع على أساس مصالح مزعومة، أو وهمية، تضادّ مقاصد التشريع الإسلامي وأصوله الثابتة، بأن لم يشهد لها أصل معنوي عام مستقى من معقول عدّة نصوص أو أصل لفظي عام.

وذلك خشيةَ العبث بمقررات الوحي الذي يتوخّى تدعيم الحياة الإنسانية بكل مقوماتها الأساسية، تحت ستار «**المصلحة**».

وحينئذ يصبح التشريع بالمصلحة المزعومة ذريعةً لهدم واجب، أو تحليل محرَّم، أو الافتئات على حقٍّ ثابت، أو وسيلة لأكل أموال الناس بالباطل، أو تقويض دعائم العدل المطلق من القواعد.

وهذا ما يقرِّره الإمام القرافي (المالكي) في تفسيره لرفض بعض الأئمة الاجتهاد على أساس «المصلحة» في عصره، بأن مردّ ذلك أسباب سياسية، إذ يقول: «وإنما فرَّ أكثر علماء الأمة من تقرير هذا الأصل تقريراً صريحاً، مع اعتبار كلهم له «خوفاً» من اتخاذ أئمة الجور إياه حجَّةً، لاتباع أهوائهم، وإرضاء استبدادهم في أموال الناس

= ضرورة، أو لتقرير كونها حقيقة خاصة جديرة بالاعتبار، بأن تملي المصلحة العامة اعتبار تلك المصلحة الخاصة، فضلاً عن أن الشارع قد يعتبرها في ذاتها مصلحة مرعية عدلاً وإنصافاً.

(١) راجع كتاب: «البرهان» للإمام الجويني، مصوَّر بدار الكتب المصرية.

ودمائهم، فرأوا أن ينفوا ذلك، بإرجاع جميع الأحكام إلى النصوص، ولو بضرب من الأقيسة الخفيَّة، فجعلوا مسألة «**المصالح المرسلة**» من أدقِّ مسالك العلة في القياس، ولم ينيطوها باجتهاد الأمراء والحكام، وهذا الخوف في محلِّه، ولكن لم يقِ الأمة من أهواء الحكام كما ينبغي، إذ كان يوجد في عهد كل ظالم من علماء السوء من يمهِّدُ له، ولو لبعض ما يريد من الهوى»[١].

الاجتهاد بالرأي في تقدير مآل التطبيق واقعاً يقتضيه توثيق أصل المصلحة التي هي مقصود الشرع[٢]:

أشرنا إلى أن الإمام الشاطبي يقرِّر أن مآل التطبيق ذو أثر في تكييف الفعل، ووصفه الشرعي، فيصبح غير مشروع في ظل ظروف معيَّنة بالنظر إلى نتيجته غير المشروعة الواقعة أو المتوقعة، ويصبح مشروعاً بل واجباً إيجادها وتحصيلها إذا اقتضت الحاجة الماسّة للأمة ذلك، دون الافتئات على دليل أو أصل قطعي[٣]. ومن هنا نشأت قاعدتا الاستثناء: الاستحسان والذرائع.

إذن انبثقت هاتان القاعدتان من أصل عام في الشريعة الإسلامية هو أصل النظر في مآل التطبيق[٤]، فعلاً لمعالجة الواقع المعيش، وضمان تحقيق الأصل المصلحة المعتبرة شرعاً، إذا كان تطبيق القواعد النظرية الأصلية الخاصة بالمسائل المعروضة يؤدِّي ـ لاختلاف الظروف إلى نتائج ضرورية[٥]، فلا تخرج واقعة من أصل قاعدتها

---

(١) وراجع «كتاب الشافعي» لأبي زهرة ص٣٠٢.

(٢) راجع «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٩/ ٨٩) حيث قسم الاجتهاد إلى ضربين: الأول في درك الأحكام، أي استنباطها نصاً أو دلالة. الثاني: تحقيق المناط، وهو الاجتهاد بالرأي في التطبيق، وسيأتي تفصيل ذلك في مقامه.

(٣) (٤/ ١٩٦ وما بعدها).

(٤) فالمآل أو النتيجة، هو الدليل الذي يحكم على الفعل أو التصرُّف بالمشروعية أو عدمها، بقطع النظر عن الوصف الشرعي الأصلي لذلك الفعل أو التصرف، فأساس تكييف الفعل هو المآل.

(٥) ذلك لأن تدخل الظروف، في نتائج التطبيق، أمر لا مرية فيه، وقد تصبح مفسدةُ المآل، راجحةً على مصلحة الأصل، فينشأ عن هذا المآل حكم، ويغدو الأمر تعارضاً بين المصلحة والمفسدة، فيجب =

تفادياً لسوء نتائج التطبيق ـ إلّا لتدخل في قاعدة أخرى، تكفل تحقيق العدل والمصلحة في حكمها.

وبذلك تفادى الأصوليون بهاتين القاعدتين، التطبيق الآلي العشوائي الذي لا يقدِّر الظروف القائمة التي لها مدخلٌ في تشكيل علة الحكم، وبالتالي في نتائج التطبيق العملي؛ لأن الشريعة الإسلامية لا تعمل في فراغ، وليست شريعةً تقرِّر مجرد قواعد نظرية دون مراعاة لواقع المجتمع، بل وضعت أصولاً عامة، ورسمت مقاصدَ أساسية، لمعالجة ذلك الواقع، ثم وضعتْ قاعدتي الاستثناء اللتيْن أشرنا إليهما، وذلك الاستثناء يستند بدوره إلى أدلّة من الشرع، ومن هنا ينشأ اختلاف واسع المدى لا في أصل القواعد النظرية، بل في تحقيق مناطها[١].

وفي هذا المعنى يقول الإمام العزُّ بن عبد السلام ما يلي:

«اعلم أن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة، تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في ملابساته مشقة شديدة، أو مفسدة تربى على تلك المصالح.

وكذلك شرع لهم السعي في درء مفاسد في الدارين، أو في أحدهما، تجمع كل قاعدة منها علّةً واحدةً، ثم استثنى ما في اجتنابه مشقة شديدة، أو مصلحة تربى على تلك المفاسد، وكل ذلك رحمة بعباده، ونظرٌ لهم، ورفقٌ بهم، ويعبر عن ذلك كله بما يخالف القياس، وذلك جارٍ في العبادات والمعاوضات، وسائر التصرفات»[٢].

= عندئذ تحكيم قواعد الموازنة والتنسيق، وقاعدة الاستحسان وسد الذرائع، من هذه القواعد التي تحكم التعارض بين المصالح، وترفعه، فلا يتصور حجّةً مقبولةً عقلاً وشرعاً لمن ينكرها.

(١) راجع «الموافقات»: (٤/ ٨٧ وما يليها)، وص١٩٦ وما يليها، و«المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» ص١٨ وما يليها.

(٢) «قواعد الأحكام»: (٢/١٣٨)، وراجع في هذا المعنى أيضاً «بداية المجتهد»: (٢/ ١٥٤)، «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص٤٠٧ للمؤلف، طبع جامعة دمشق.

تحقيق المناط

من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في الجزئيات والفروع «**تحقيق المناط**»[(١)].

وهو إثبات مضمون القاعدة العامة، أو الأصل الكليّ، أو «العلة» في الجزئيات[(٢)]

---

(١) يطلق «المناط» على مضمون القاعدة التشريعية أو الفقهية، أو معنى الأصل الكلي الذي رُبط به حكم كل منها.
كما يطلق «المناط» أيضاً على «علة» حكم النص التشريعي الجزئيّ أي المتعلّق بمسألة خاصة معينة، سواء أكانت ثابتة بالنص، أو الإجماع أو الاستنباط، وهي أساس القياس الأصولي الخاص، الجامعة بين الأصل والفرع، أو المقيس عليه، والمقيس.
فالإسكار مثلاً «علة» حكم تحريم الخمر، وهي متفق عليها في ذاتها، من كونها مبنى لحكم التحريم وأساسه، وإثبات وجود هذه العلة في النبيذ أو غيره من الأشربة، بالاجتهاد والبحث، من باب «تحقيق المناط» في الفروع. «الموافقات»: (٤/ ٨٩).
وكذلك تطبيق الأصل الكلي، أو القاعدة العامة على الجزئيات، وإثبات وجود كل منهما كاملاً في آحاد الصور، بالبحث والاجتهاد، من باب «تحقيق المناط» أيضاً. «الموافقات»: (١/ ٣٥) في الهامش.
وانظر تعليق الشيخ عبد الله دراز ـ حيث يذكر أن «تحقيق المناط» من صناعة المجتهد الفقيه، لأنه تطبيق أصل على جزئيٍّ من جزئياته، وذلك بالبحث في أن هذا الجزئي مندرج في موضوعه، ليأخذ حكمه.
ويتجه عليه أن هذا نوع من «تحقيق المناط» لأنه مقصور على تطبيق القواعد والأصول الكلية، ولا يشمل تحقيق المناط في القياس الأصولي الذي يقوم على أساس النظر والاجتهاد في معرفة وجود علة الحكم في الوقائع وآحاد الصور المستجدة، وعلة الحكم هي مدركه الشرعي أو أمارته. «الموافقات»: (٤/ ٩٤). وانظر الهامش أيضاً.

(٢) الجزئية لمفهوم كلي، هي التي يتحقق فيما مضمونه كَمَلاً، مثال ذلك: «المؤمنون» لفظ عام، يستغرب جميع أفراده، دفعة واحدة، بلا حصر، ولا استثناء، وكل فرد من أفراده، وهو «المؤمن» جزئي له، لأنه يتضمّن معنى اللفظ العام ـ وهو الإيمان ـ كاملاً ـ بخلاف الجزء من الكل، فلا يتحقق فيه معنى الكل، ومثاله: الواحد بالنسبة للعشرة، فهو جزء من أجزائها، لأنه لا يتضمن معنى العشرة، فظهر الفرق بين الجزء والجزئي، والكل والكلي، راجع: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» ص٤٩٦، باب العام للمؤلف. هذا، ويعرِّفهُ الإمام الشاطبي بقوله: «ومعناه ـ أي معنى تحقيق المناط ـ أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكي يبقى النظر في تعيين محله». «الموافقات»: (٤/ ٩٠)، ويضرب مثالاً على ذلك بقوله: «وذلك أن الشارع إذا قال: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ وثبت عندنا معنى العدالة شرعاً، افتقرنا إلى تعيين من حصلتْ (تحققتْ) فيه هذه الصفة، وليس الناس في وصف العدالة على حدّ سواء، بل ذلك يختلف اختلافاً متبايناً وهذا من باب تحقيق المناط في الأشخاص. المرجع السابق.
وجاء في المنهاج: أن تحقيق المناط هو «تحقيق العلة» المتفق عليها في الفرع» غير أن هذا التعريف =

والفروع إبَّان التطبيق، بشرط أن يكون كلٌّ من المضمون والعلة متفقاً عليه، فهو ضرب من الاجتهاد بالرأي في التطبيق[١] الذي لا يمكن أن ينقطع حتى فناء الدنيا[٢].

وبيان ذلك، أن تطبيق كلّ من القاعدة العامة[٣]، أو الأصل اللفظي العام، أو الأصل المعنوي العام[٤]، المتفق على حجّية كل أولئك بين الأئمة والمجتهدين، على

= يشمل القياس الأصولي، دون سواه، فلا يشمل تطبيق الأصل العام اللفظي أو المعنوي على الجزئيات، فكان تعريفاً غير جامع.

(١) يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد ما يلي: «الاجتهاد على ضربين: أحدهما لا يمكن أن ينقطع، حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك عند قيام الساعة، والثاني يمكن أن ينقطع... فأما الأول، فهو الاجتهاد المتعلّق بتحقيق المناط، وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله». والإمام الشاطبي يرى أن «تحقيق المناط» يستلزم القيام بالتكاليف، وعلى هذا، يكون متعلقاً بالمكلَّفين كافّةً، سواء أكانوا من المجتهدين أم من العوام، غير أن بحثنا هنا مقصور على تحقيق المناط الذي هو من عمل الفقيه المجتهد.

(٢) لأنه يتعلّق بتطبيق الأحكام الشرعية الذهنية المجرّدة على أفعال المكلفين عامة، أو تنفيذ تلك الأحكام، في الواقع العملي، وذلك ليس خاصاً بالمجتهدين، بل يشمل العوام أيضاً، لأنه يجب عليه تحقيق مناط الأحكام التي هم بصدد تطبيقها أو امتثالها، بحسب وسعهم، أو باستفتاء أهل العلم، كما في أمور صلاتهم وصيامهم وزكاتهم وحجّهم، ومعاملاتهم. «الموافقات»: (٤/ ٩٣).
ويشير الإمام الشاطبي إلى أن الاجتهاد في تحقيق المناط، لابد منه لكل ناظر (مجتهد) وحاكم (قاض) ومفت، بل بالنسبة إلى كل (مكلف) في نفسه ـ المرجع السابق.

(٣) وذلك من مثل «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر»، ـ وقاعدة: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»، ـ وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، ـ وقاعدة: «ولا تزر وازرة وزر أخرى».
فهذه قواعد تشريعية، أو أصول لفظية عامة، صاغها المشرع نفسه بصيغة من عنده، بخلاف القاعدة الفقهية، فقد صاغها الفقهاء بعبارات من عندهم، ومضمونها معنى عام مستقرأ من عدة مواقع نصوص خاصة تضمنت ذلك المعنى العام، على ما سيأتي بيانه.

(٤) الأصل المعنوي العام، هو المستقرأ من مواقع معناه في عدة نصوص خاصة، لاحظه المشرع في تصرفاته، في بناء أحكام جزئية عديدة عليه، بحيث أمكن اعتباره مقصوداً شرعياً ثابتاً على سبيل القطع، أو على سبيل الظن الغالب، تبعاً لنوع الاستقراء، ومعلوم أن الظن الغالب كاف في الاحتجاج، في المعاملات، أصلاً وفرعاً، فيتّخذه المجتهد أساساً ودليلاً، للنوازل والوقائع الطارئة التي لم يردْ فيها نصٌّ، إذ انطبق عليها مضمونه ومناطه، لأنه، وإن لم يرد من الشارع صيغة تُقرِّره، لكنه لكثرة ملاحظة الشارع إيّاه في تصرفاته، أضحى بمنزلة الأصل اللفظي العام، من حيث قوة الاحتجاج به، لأنه يرسم «خطة تشريعية» يلتزمها المجتهد في استنباط للأحكام فيما لا نصّ فيه، ولا ضرورة بعد ذلك للبحث عن دليل خاص بالواقعة الطارئة كالقياس وغيره، لأن هذا الأصل المعنوي العام الاستقرائي، نهض بحجّيتَه معقول عدّة نصوص خاصة بحيث أضحى الاحتجاج به، احتجاجاً بمعقول تلك النصوص الخاصة =

الجزئيات والفروع المستجدَّة، أو المعروضة، إذا تحقق معناه فيها كَمَلاً والمجتهد والفقيه ـ لا الأصولي ـ هو الذي يثبت هذا التحقُّق والحصول، بالبحث والاجتهاد، كما يشمل مفهومه أيضاً، إثبات وجود «علة» حُكم النصِّ الجزئيِّ المتفق عليها في ذاتها، في الفرع الذي لم يردْ فهي نصٌّ، إبّان إجراء القياس الأصولي، سواء أكان تعرف تلك العلة في ذاتها، عن طريق النصِّ[1] الشرعيِّ، أو الإجماع[2]، أو الاستنباط.

= جميعاً، وهذا بلا ريب، أقوى من الاستدلال بالقياس الأصولي الخاص، أو بغيره، بل قد يفيد القطع تبعاً لنوع الاستقراء الثابت به، كما أسلفنا، وهو ما قرّره الإمام الشاطبي في «موافقاته» حيث يقول: «إن المجتهد إذا استقرى معنى عاماً من أدلة خاصة، واطرد له ذلك المعنى، لم يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاص، على خصوص نازلة تطرأ، بل يحكم عليها بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى، (بفتح الراء) من غير اعتبار بقياس أو غيره، إذ صار المستقرى من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة، فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة بمطلوبه». «الموافقات»: (٢/ ٣٠٤).

ومن الأصول المعنوية العامة أيضاً، «المنع من الجائز المشروع، إذ أفضى إلى مآل ممنوع» أي إذا أدّى ـ في ظروف معينة ـ إلى نتائج هي على النقيض من المصلحة الشرعية التي قصدها الشارع من أصل مشروعية ذلك الفعل، بأن أفضى إلى مفاسد وأضرار لازمة مساوية لتلك المصلحة الأصلية، أو زائدة عليها، وهو ما يطلق عليه «سد الذرائع»، إذ لاحظ المشرع هذا الأصل المعنوي العام في نصوص جزئية عديدة. «أعلام الموقعين»: (٢/ ١١٩).

تبدى لك بجلاء، أن هذه الأصول المعنوية العامة، تمثل خططاً تشريعية، وليست مصادر للتشريع، كما يزعم بعض الكتاب المحدثين، لأنها ليست مستقلة في ذاتها، بل مستخلصة اجتهاداً من نصوص الشريعة الخاصة ـ كتاباً وسنة ـ لأن العمل بمقتضى كل منها، لا يعدو كونه تطبيقاً لمعنى عام مستقى من نصوص جزئية في الشريعة، أو هو تطبيق لمقتضى تلك النصوص التي جمع بينها ذلك المعنى العام، على الجزئيات التي لم يرد بها نص، إذا تحقق في كل منها ذلك المعنى كاملاً، فهو إذن من باب «تحقيق المناط» في الجزئيات.

ومن المقرر أصولياً، أن الحكم على العام، حكم على جزئياته التي تحقق فيها معنى ذلك العام كملاً، كما أشرنا.

(١) من العلل المنصوص عليها، قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].
فالعلة في امتلاك مال الغير، أو الانتفاع به، هو التراضي وهو منصوص عليه كما ترى.
وكذلك قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] فإن العلة في الإلزام بالشهادة قضاءً، هي عدالة الشهود، وهي منصوصة أيضاً.

(٢) أجمع الفقهاء على أن «العلة» في الولاية على مال الصغير هي «الصغر».

تصوير الاختلاف في «تحقيق المناط» والأمثلة التطبيقية التي توضح ذلك:

أ ـ قد يرى مجتهد، أو فريق من المجتهدين، أن «مناط قاعدة» ما أو مضمونها الذي ربط به حكمها، متحقِّق في الجزئية المعروضة، تحقُّقاً كاملاً، ويثبت ذلك بالأدلة والبحث العلمي، والتحليل الاجتهادي، بينما يرى فريق آخر من المجتهدين، أن في هذه «الجزئية» معنىً دقيقاً يجعل مناط تلك القاعدة غير متحقق فيها، مما يستوجب استثناءها من عموم هذه القاعدة، أو الأصل العام، ليدرجها تحت قاعدة أخرى، أو يثبت لها حكماً آخر بدليل، هو ـ في اجتهاده ـ أدنى إلى العدل، أو المصلحة المعتبرة شرعاً، ويثبت ذلك بالأدلة.

وقد يحتفُّ بالواقعة أو الجزئية ـ محل البحث والاجتهاد ـ من الظروف والملابسات التي تؤثر في نتائج تطبيق القاعدة العامة عليها، تلك النتائج التي قد تكون ضَرَرِيَّة، لا تتفق والمصلحة التي شُرِع أصل القاعدة من أجلها، أو بعبارة أخرى، يرى المجتهد ـ حال التطبيق ـ تعارضاً مُتَوقعاً بين مصلحة الأصل، ومفسدة المآل، وهذه الأخيرة مساوية للأولى، أو راجحة عليها، الأمر الذي يستوجب استثناءها من عموم القاعدة أو الأصل العام، والحكم عليها بحكم آخر مناسب، بناء على دليل أقوى من شأنه أن يحول دون الإفضاء إلى تلك النتائج غير المشروعة، أو قد يوقف تطبيق تلك القاعدة أو النص العام، ريثما تزول تلك الظروف، تجنباً لتلك النتائج التي لم يقصدها المشروع قطعاً.

ب ـ أو قد يرى المجتهد ـ نتيجة البحث العلمي والاجتهاد ـ أن الفرع المقيس، قد تحققت فيه «علة الأصل» المتفق عليها، فيجري القياس بين الأصل والفرع، ويعدى حكم الأصل إليه، لأن «وحدة العلة» توجب «وحدة الحكم» عقلاً وشرعاً، بينما يلحظ مجتهد آخر معنى دقيقاً في الفرع ينهض فارقاً بينه وبين الأصل المقيس عليه، فيحول دون تحقيق مناط حكم الأصل فيه، ومن ثَمَّ لا يجري القياس، بل يثبت له حكماً آخر بدليل آخر.

فالعلة أو المناط ـ كما ترى ـ أمر متفق عليه[١]، ولكن جرى الاختلاف في مدى تحقيق هذه العلة في الفرع عند التطبيق.

هذا، والاختلاف في تحقيق المناط أمر معهود بين الفقهاء والأصوليين.

ومن أمثلته عند الحنفية، ما يسمونه بالاستحسان الذي سنده القياس الخفي، وهو في حقيقته ضربٌ من تحقيق المناط في الفروع[٢].

الاتفاق على أصل القاعدة لا يحول دون الاختلاف في شروط إعمالها:

هذا، ومما ينبغي الإشارة إليه، أن الاتفاق على أصل القاعدة العامة، لا يحول دون الاختلاف في «شروط إعمالها».

ولا ريب أن لهذه الشروط أو القيود أثراً على «**مضمون القاعدة**»، ومناطها، إطلاقاً وتقييداً، الأمر الذي ينعكس أثره بالتالي على مجال التطبيق ومداه، ولكن لا ينقض أصلها، وعلى هذا، يجري تحقيق المناط في الفروع، كما يجري في القواعد الأصولية.

أمثلة توضيحية لاختلاف الأئمة في تحقيق المناط، وتحليلها أصولياً:

المثال الأول: اختلاف المتبايعين (البائع والمشتري) في مقدار ثمن السلعة قبل تسليمها للمشتري، وقبل قبض البائع للثمن.

ثمة قاعدة تشريعية عامة من قواعد الإثبات في التشريع الإسلامي، أرساها الرسول ﷺ بقوله: «**البيّنةُ على مَنْ ادّعى، واليمينُ على مَنْ أنْكَر**»[٣][٤] وهي متفق عليها.

---

(١) جاء في المنهاج: «تحقيق المناط هو تحقيق العلة المتفق عليها، في الفرع».

(٢) «التلويح مع التوضيح»: (٢/ ٨١ وما يليها).
أي إقامة الدليل على وجودها فيه. وهذا بلا شك من اختصاص الفقيه المجتهد، «نهاية السول»: (٤/١٤٣)، مع «سلم الوصول» للشيخ بخيت المطيعي، «الموافقات»: (٤/ ٨٩ ـ ٩٠).

(٣) أخرجه الدارقطني: (٤/٢١٨)، والبيهقي في «الكبرى»: (٨/ ١٢٣)، وبنحوه الترمذي: ١٣٤١، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٤) الألف واللام في قوله ﷺ «البينة» و«اليمين» تفيد العموم، لأنها ليست للماهية، أي للتعريف بحقيقة كلٍّ =

ومقتضى هذا الأصل العام من أصول الإثبات[١]، أو القواعد القضائية، أن على المدعي يقع عبء الإثبات بالبينة، فإن أقامها حكم له بمدعاه، حتى إذا عجز عن إقامتها، فالمشتري (المدعى عليه) المنكِر، يصدُق مع يمينه.

هذا، من حيث الحكم بمدركه الشرعي مُتصوراً في الذهن قبل التطبيق.

غير أن القاضي ـ عند التطبيق ـ لا يمكنه الحكم في واقعة معروضة لديه، إلّا بعد التمييز بين المدعي والمدعى عليه فيهما، وهو أصل القضاء.

فليس الخلاف في حكم كلٍّ منهما، بل قد يقع في تمايزهما[٢] في التطبيق.

هذا، وتوزيع البيِّنة واليمين، أو تقسيمهما على الخصمين على هذا النحو، أي بحسب كون أحدهما مدّعياً، والآخر مُدّعى عليه، وهو منكر، لا خلاف فيه، لكن اختلف الأئمة في تطبيق مضمون هذه القاعدة على المسألة السابقة، وهي حالة ما إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن، **والسلعة لم يقبضها المشتري، والبائع لم يقبض الثمن أيضاً**، على رأيين:

الرأي الأول: أن مناط القاعدة متحقِّق في هذه المسألة، فيحكم فيها بحكمها الذي بيّناه آنفاً، إذ البائع يدّعي زيادة في الثمن، فمقتضى القاعدة، أن عبءَ الإثبات بالبِّينة، يقع على عاتقه، بينما المشتري يُنكِر هذه الزيادة، والمنكر هو المدعى عليه، فيصدُق مع يمينه، إذا عجز الأول عن الإثبات.

= منهما، وتحديد مفهوميهما، ولا للعهد، فلم يبق إلّا أن تكون صيغة من صيغ العموم، وكذلك لفظ «مَنْ» في قوله ﷺ «من ادعى» و«من أنكر»: اسم موصول من صيغ العموم، راجع بحث «صيغ العموم» في كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» ص٣٧٩ وما يليها [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

وظاهر عموم نص الحديث يفيد التوزيع، بمعنى: أن جميع أفراد البينة على جميع أفراد المدعين، وجميع أفراد اليمين، على جميع أفراد المدعى عليهم، المنكرين».

(١) قلنا إن الحنفية يطلقون على عموم الأصل الكلي، أو مقتضى القاعدة العامة، أو اطّراد عمومها، اصطلاح «القياس» أو سنن القياس (بفتح السين والنون).

(٢) «الموافقات»: (٤/ ١٩٢)، وانظر التعليق في الهامش، وما نقل فيه عن صاحب «تبصرة الحكام» في هذا المعنى.

فمضمون القاعدة متحقِّق على هذا النظر في هذه المسألة، فتكون مشمولة بحكم القاعدة.

الرأي الثاني: غير أن لفريقٍ آخر من المجتهدين ملحظاً دقيقاً في هذه الحالة، يحول ـ في نظره ـ دون تحقق مناط القاعدة فيها.

فوصف البائع هنا، بأنه مجرَّد مُدَّعٍ، والمشتري بأنه مجرّد مدّعى عليه، فيه نظر!

ذلك لأن المشتري يدّعي على البائع استحقاق المبيع، ويطالب بتسليمه إيّاه، والبائع يُنكر هذا الاستحقاق، ويمتنع بالتالي عن التسليم، فكلاهما ـ في الواقع ـ يدّعي شيئاً يُنكره الآخر، أو بعبارة أخرى: كلٌّ منهما مُدَّعٍ، ومُدَّعى عليه في الوقت نفسه.

وتأسيساً على هذا، لا ينطبق مناط القاعدة، أي: لا يتحقَّق مضمونها في هذه الحالة حتى يجري عليهما حكم التوزيع، بل يطالب كل منهما بالبيِّنة، باعتباره مُدّعياً، وعند انتفاء البيِّنة من جانبهما، يتحالفان.

غير أن الحنفية يرون أن هذا من قبيل «الاستثناء» من عموم القاعدة، أو هو خروج عن «سَنَنِ القياس» كما يقولون، لملحظ دقيق قويٍّ الأثر، وهو ما يطلقون عليه «الاستحسان» اصطلاحاً.

في حين أن غيرهم يرى أن هذا ليس من باب الاستثناء، بل هو في الواقع من باب «**تحقيق المناط**» في الجزئيّات، ولكن المؤدّى واحد، وإنما الاختلاف في التسمية والاصطلاح، ولا مشاحة فيه[1].

هذا، ومحلُّ النزاع في المسألة، قبل أن يقبض المشتري السلعة والبائع الثمن، كما أشرنا، أما لو اختلفا في الثمن بعد قبض المشتري للسلعة، فقد ورد في ذلك أثر

---

(١) لا مشاحة (بتشديد الحاء) في الاصطلاح، معناه لا حَجْر على أحد من الأئمة أو المجتهدين الباحثين في أن يطلق ما يشاء من الأسماء والاصطلاحات على مفهوم معين، إذ لا عبرة باختلاف الأسماء مادام المضمون واحداً.

من السنة، ولا مجال للاجتهاد، إذ يقول الرسول ﷺ: «**إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة، تحالفا وترادّا**». أي: لا تطلب بيّنة من أيٍّ منهما[(١)(٢)].

مثال ثان: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد منع حاطب بن أبي بلتعة من إرخاص سعر الزبيب عن مستوى سعره العام في السوق، بمنعه من المكث فيها، ظناً من عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن إرخاص السعر هذا في السوق، قرينة، على قصد حاطب للتذرع بذلك إلى مفسدة عامة راجحة متوقعة مستقبلاً، هي منافسة العير[(٣)] القادمة بالزبيب إلى المدينة، فتمتنع عن الجلب إلى سوقها، وفي هذا ضرر عام متوقع، والمتوقع في حكم الواقع فعلاً.

ومن هنا، كان هذا النوع من المنافسة غير مشروع، بالنظر إلى ذلك المآل، لكن عمر رجع عن اجتهاده هذا، وأباح لحاطب أن يبيع كيف شاء[(٤)]، ذلك، لأنه لم يتأكد من أن الإرخاص في حدِّ ذاته، يصلح قرينة على قصد التذرع إلى المفسدة الراجحة المتوقعة، أو إلى إفضائه إليها.

أو بعبارة أخرى أنه شك في أن هذا الفعل يشكل ذريعة لأن تفضي إلى ذلك المآل الممنوع، فلم يطبق قاعدة الذرائع، لأن مناطها ومعناها لم يتحقّق على وجه اليقين أو الغالب من الظن، في هذا الفعل، وهو الإرخاص، لكن هذا، لا يقدح في أصل قاعدة الذرائع من حيث حجِّيتها، ولو تحقق عمر رضي الله عنه من الإفضاء إلى المآل الممنوع، أو

---

(١) هذا، والحق أن هذه المسألة ليس فيها قياسان أصوليان متعارضان، يقوم أحدهما على علّةٍ ظاهرةٍ، والآخر على علّةٍ أدق وأخفى، بل هو من باب «تحقيق المناط» كما رأيت. راجع كتاب «أبو حنيفة» للشيخ أبي زهرة ص٣٤٦. والحديث أخرجه الطبراني في: «الكبير»: ١٠٣٦٥، والدارقطني: (٣/ ٢٠)، من حديث ابن مسعود.

(٢) «أبو حنيفة» للشيخ أبي زهرة ص٣٤٦، ومع ذلك فإن الحنفية يعتبرون هذا من باب الاستثناء (الاستحسان) من عموم القاعدة، وسنده السنة، وهو في حقيقته استثناء من قبل المشرِّع، أي من القاعدة العامة التي أرساها، وإنما يطلق عليه «سنة» بالنسبة لثبوت هذا الحكم بالسنة، فهو استثناء من حيث المفهوم، وسنة من حيث المصدر والثبوت.

(٣) العير: القافلة من الإبل المحملة بالبضائع والمواد الغذائية عادة.

(٤) أخرجه البيهقي في: «السنن الكبرى»: (٢/ ٢٩).

غلب على ظنه ذلك، لمنع المتسبب فيه، كما فعل في منع التزوُّج بالكتابيات الأجنبيات إبان فتح بلاد فارس، وكما منع الصحابة من مغادرتهم عاصمة «الخلافة» وكما حكم بتوريث المطلقة بائناً في مرض الموت، وكما نُظِّم استهلاك اللحوم، فمنع بيعها في أيام معيَّنة من الأسبوع، وغير ذلك من الوقائع الكثيرة التي تشهد بحجِّية هذه القاعدة في نظره واجتهاده[1]، بدليل تطبيقه لها حين غلب على ظنِّه مناط الذريعة في كل منها.

تحقيق المناط قسمان:

١ ـ تحقيق المناط العام.

٢ ـ تحقيق المناط الخاص.

ـ تحقيق المناط العام:

من المعلوم أن الحكم التكليفي يتسم بالتجريد والعموم والجزاء غالباً[2]، أما كونه متَّسماً بالتجريد، فلأنه يقع في الذهن مُتَعَقَّلاً بِمُدْرَكِه[3] وأما كونه عاماً، فلأنه لا يختص بزمن معين، أو ببيئة خاصة، أو شخص معين بالذات، بل يشمل المخاطبين على الإطلاق والعموم.

---

(١) وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «وأيضاً، فلا يصح أن يقول الشافعي إنه يجوز التذرع إلى الربا بحال، إلّا أنه لا يتهم من لم يظهر منه قصد إلى الممنوع، ومالك يتّهم بسبب ظهور فعل اللغو (أي في بيع العينة) وهو دال، (أي قرينة) على القصد إلى الممنوع، فقد ظهر أن قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها، وإنما الخلاف في أمر آخر، وهو تحقيق المناط، أو شروط إعمال هذه القاعدة الأصولية، كما أشار إلى ذلك تعليق الأستاذ الشيخ عبد الله دراز ـ رحمه الله ـ بقوله:
«هو في الحقيقة اختلاف في المناط الذي يتحقق فيه التذرع، وهو من تحقيق المناط في الأنواع. . .». «الموافقات»: (٤/ ٢٠٠ ـ ٢٠١) وانظر الهامش. وهذا ـ كما ترى ـ من باب تحقيق المناط في القواعد الأصولية، فالشافعي يشترط ظهور القصد صراحة، والإمام مالك يرى أن مناط التذرع يتحقق، ويثبت بالقرائن، غير أنهما متفقان على أصل القاعدة، وهو أنه لا يجوز التذرع إلى المحرم بحال.

(٢) وإنما قلت غالباً، لأن كلّاً من المكروه تنزيهاً، والمندوب، لا يتعلّق بمخالفته جزاء.

(٣) المدرك، (بضم الميم وفتح الراء) هو الدليل الذي يدركه العقل بمنى للحكم، وقد يكون نصاً، أو علة والعلة إمارة الحكم) أو أصلاً معنوياً عاماً مستقرى، كما فصلنا.

فالحكم التكليفي إذن ـ قبل مرحلة تطبيقه، وتحقيق مناطه في الجزئيات ـ عام ومجرَّد[(١)].

حتى إذا جرى الاجتهاد في تطبيقه على مُتَعَلَّقه من واقعة معيّنة، أو شخص معين، فإن تحقق مناطه في كلٍّ منهما، كان الحكم التطبيقي ـ في هذه الحال ـ مساوياً للحكم التكليفي.

ولا مِراء في أن المجتهد يبذل أقصى طاقاته العلمية في سبيل تحقيق هذه **«المساواة»** بين الحكم التكليفي العام المجرّد، وبين الحكم **التطبيقي الاجتهادي أو الإفتائي**، على الوقائع المعيَّنة المعروضة، التي يتعلَّق بها ذلك الحكم التكليفي العام[(٢)]، حتى إذا احتفّت بالواقعة ظروف وملابسات، نشأت عنها دلائل تكليفية أخرى، لا يطبق عليها ذلك الحكم التكليفي العام، لعدم تحقق مناطه فيها، بل يحكم عليها بما تستدعيه تلك الدلائل من الأحكام المناسبة، وهو ما يطلق عليه «تحقيق المناط الخاص» الذي نتناوله بالشرح الآتي:

ـ تحقيق المناط الخاص:

التشريع للواقع المعاش بظروفه وملابساته وعوارضه المتغيِّرة، والحكم الشرعي النظري أو القاعدة العامة النظرية المجرّدة، يجب أن تنزل من تجريدها الذهني إلى هذا الواقع، لتحكمه.

---

(١) وفي هذا الصدد يقول الإمام الشاطبي: «ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد (في تحقيق المناط) لم تنزل الأحكام الشرعية على أفعال المكلَّفين إلّا في الذهن، لأنها مطلقات وعمومات، وما يرجع إلى ذلك، منزلات على أفعال مطلقات كذلك (أي ليست متحققة في الوجود الخارجي) والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معينة مشخصة (أي بظروفها وعوارضها) فلا يكون واقعاً عليها إلّا بعد المعرفة بأن هذا المعنى يشمله ذلك المطلق، وهذا العام». «الموافقات»: (٤/ ٩٣).

(٢) سواء أكان حكماً تكليفياً أصلياً عاماً، وهو ما شرع أولاً، غير مبني على أعذار العباد، أم كان حكماً تكليفياً شرع ثانياً مبنياً على أعذار العباد، والأول، يسمى (عزيمة) والثاني (رخصة). والأول عام شرع للأحوال العادية الغالبة، والثاني عام أيضاً، ولكن بالنسبة لذوي الأعذار، أي في غير الأحوال العادية، وكلاهما مفتقر في تطبيقه إلى تحقيق المناط، أي إثبات وجود علته في الوقائع والأشخاص، بالاجتهاد، وإقامة الدليل على هذا التحقيق.

وليس من المعقول ولا من المقبول شرعاً، أن يحكم على واقعة معينة بحكم واحد، مهما اختلفت ظروفها، وملابساتها، ذلك لأن لهذه الظروف تأثيراً في نتائج التطبيق، وقد أشرنا أكثر من مرة إلى أن النتائج تصبح هي الدليل في تكييف العمل بالمشروعية وعدمها، تبعاً لنوعها من المنفعة أو المضرة، بقطع النظر عن حكم أصل الفعل.

وقد مثَّل الإمام الشاطبي لذلك، بحكم الشرع في «الزواج» بالنسبة إلى أشخاص قد اختلفت ظروف كل منهم، سواء أكانت تلك الظروف نفسية، أم مادية.

فالواجب شرعاً تطبيق الحكم المناسب لكل شخص على حدة، في ضوء ظروفه الخاصة، التي تنهض بدليل تكليفي معيَّن، يستدعي حُكماً خاصاً في حقِّه، لأن تعميم الحكم التكليفي على جميع المكلَّفين يفترض التشابه في الظروف، وقد لا يوجد.

هذا ومن المعلوم، أن الحكم التكليفي الأصلي العام المجرَّد في الزواج الذي لا يتعلَّق بشخص بعيْنه، وفي الأحوال العادية، أنه «مندوب إليه» ومن شروطه إقامة العدل، والقدرة على تكاليفه، والمعاشرة بالمعروف، حتى بالنسبة للزوجة الواحدة، فمن كان في مثل هذه الحال، فقد تحقق فيه «المناط العام» وكان الزواج في حقِّه مندوباً إليه، وبذلك تساوى الحكم التكليفي والحكم التطبيقي الواقعي في هذه الحال.

أما إذا كان تائقاً للزواج مثلاً، ويخشى العَنَتَ والوقوع في المحرَّم إن لم يتزوج، وهو قادر على مؤونته، ولكنه ممتنع عن الزواج، دون مسوِّغ. فالزواج بالنسبة إلى مثل حال هذا الشخص فَرْض، لدليل أو مناط آخر، نشأ عن ظروفه الخاصة، وتحقق فيه، وهو أن تجنب الوقوع في الفاحشة واجب، ولا يتمُّ هذا الواجب إلّا بالزواج، فكان الزواج واجباً لذلك، في حقِّه، لأن من المقرَّرات الشرعية، إن «ما لا يتمّ الواجب إلّا به، فهو واجب» وقد تحقق هذا المناط الخاص فيه، أثراً لظروفه، فيستثنى من عموم الحكم التكليفي الأصلي، المجرد، لعدم تحقيق مناطه العام فيه، بسبب عوارضه الخاصة.

ومثال ثان: لو كان شخص آخر، لا يخشى الوقوع في المحرَّم، ولكنه غير قادر

على مؤنة الزواج وتكاليفه، فإنه يمنع من الزواج في مثل هذه الحال، لما يفضي إلى ظلم الزوجة غالباً، والظلم حرام، فيجب منعه من التسبب فيه.

إذن تحقق في مثل هذا الشخص مناط أو دليل آخر، وهو ما يؤول إليه زواج المعسر من ظلم للزوجة والأولاد، وهذا مناط خاص لحكم آخر، تحقق في هذه الحال، ورجح على حكم الأصل، وهو جليل المآل.

ومثال ثالث: أن مقتضى القياس العام في «حق الملكية» حرية التصرف وِفْق مشيئة المالك، في حدود الشرع، لأن جوهر حقِّ الملكية هو «**الحرية**» وهذا في الأحوال العادية، ودون قصد إلى الإضرار، أو دون أن يؤول تصرُّفه في حدِّ ذاته إلى ضرر فاحش بجاره.

غير أن المالك لو تصرَّف في حقِّ ملكيته ـ وفي حدوده الموضوعية ودون تجاوز ـ على نحو أضرَّ بجاره ضرراً فاحشاً غير مألوف، بحيث منعه من الانتفاع بالمنافع المقصودة من عقاره، أو أوهن بناءه مثلاً، ففي مثل هذه الحال، لا يطبق عليه القاعدة العامة وهي حرية التصرف، إذ نشأ عن هذا الظرف ـ الضرر الفاحش ـ دليلٌ تكليفي آخر، هو منع التسبب في الضرر الراجح، وعارض هذا الدليل، مقتضى القاعدة العامة من حرية التصرُّف، هذا الدليل هو عموم قوله ﷺ «**لا ضررَ ولا ضِرار**»[1] وأن دفع المفاسد الراجحة، أو المساوية، مقدَّمٌ على جلب المصالح المرجوحة، وهذا من سنن الشارع في التشريع، فتحقق في هذه الحال مناط قاعدة أخرى، هي أولى بالتطبيق من القياس العام، تحقيقاً للمصلحة والعدل[2]، وهو مناط خاص بمثل هذه الحال، فيمنع المالك بالتالي، من التصرف في حقه على ذلك على النحو الضارّ، استثناءً من القياس

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٢) وهكذا نرى أن المجتهد، وهو بصدد الاجتهاد في «تحقيق المناط الخاص» يخرج الجزئية من عموم حكمها التكليفي الأصلي المجرَّد، ليدرجها في دليل آخر تحقق فيها مناطه، بالنسبة لمآلها إذ لا يجوز أن تبقى واقعة غفلاً عن حكم تشريعي، لأن الشريعة عامة خالدة، والله تعالى لم يترك الناس سُدىً، إذ لم يخلقهم عبثاً.

العام، وهو حرية التصرف في الملك، وبذلك لم تتمّ المساواة بين الحكم التكليفي العام، والحكم التطبيقي في مثل هذه الحال[1] أيضاً، نظراً للعوارض أو للظروف الملابسة، وهو ما يطلق عليه اليوم (منع التعسف في استعمال الحق).

إذن منع التعسف في استعمال الحق ـ في الواقع ـ من باب تحقيق المناط الخاص في الجزئيات، كما ترى، بالنظر للمآلات الناتجة عن اختلاف ظروف المالك، أو صاحب الحق وحالاته، سواء أكانت تلك المآلات واقعة أم متوقعة.

وفي هذه القاعدة الهامة في الاجتهاد في التطبيق، بمراعاة الأحوال والعوارض للوقائع والأشخاص، ومآلات التطبيق، تحرياً للمصلحة والعدل، يقول الإمام الشاطبي[2]: «وعلى الجملة، **فتحقيق المناط الخاص، نَظَرٌ في كل مكلَّف، بالنسبة لما وقع عليه من الدلائل التكليفية**... فهو (المجتهد) يحمل على كُلِّ نفس من أحكام النصوص ما يليق بها، بناءً على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف، فكأنه يخصُّ عموم المكلفين والتكاليف، بهذا التحقيق».

وإذا كان للتشريع الإسلامي، سياسة ذات قواعد محكمة، ينهض بها المجتهد[3]، إبان التطبيق، تحقيقاً **للعدل، والمصلحة**، في الواقع المعيش بظروفه الملابسة، وعوارضه المتغيرة، على النحو الذي أشار إليه الإمام الشاطبي آنفاً، فإن للإفتاء أيضاً، هذه السياسة عينها، لأنها من معين الاجتهاد، ولأن العدل لا يتجزأ، وحقائق

---

(١) راجع: «تبيين الحقائق»، للإمام الزيلعي في هذه المسألة التي خالف فيها الإمام أبا حنيفة صاحباه: الإمام أبو يوسف محمد، حيث أفتيا بالمنع قضاء، استحساناً للمصلحة، ولا مصلحة هنا تتصور إلّا دفع الضرر الفاحش عن الجار، ودفع الضرر مصلحة.

ويلاحظ أن الحنفية يطلقون على هذا الاستثناء اصطلاح «الاستحسان»، وهو عند غيرهم من باب «**تحقيق المناط**» كما رأيت: (٢/ ١٦٢)، ولا مشاحة في الاصطلاح. هذا، والإمام أبو حنيفة يذهب إلى أن المالك يجب أن يمتنع عن الإضرار بالجار «ديانةً»، ولكن صاحبيه، حوَّلا الحكم الدياني هذا إلى حكم قضائي، حين ضعف الوازعي الديني، لأن الحكم القضائي ساهر أبداً على تنفيذ الحكم الدياني، ويقوم مقامه، إذ لم ينفذ طَوْعاً، وسيأتي بحث ذلك في مؤيدات مقاومة الاحتكار.

(٢) «الموافقات»: (٤/ ٩٨ و١٩٨).

(٣) «الموافقات»: (٤/ ٩٨ وما يليها).

المصالح الشرعية المعتبرة، ومقاصد التشريع، لا تتبدل، وهذا ما أكده الإمام الشاطبي في موضع آخر، بقوله:

«يجيب (المفتي) السائلَ على ما يليق به في حالته على الخصوص[١] أي بمراعاة ظروفه وحالاته الخاصة، وأخذها بعين الاعتبار، ثم يجتهد في إصدار فتواه على أساسها.

ويقول أيضاً: «وأنه ـ المفتي ـ ناظرٌ في المآلات قبل الجواب عن السؤالات»[٢].

ومفاد هذا الأصل في تحقيق الإمام الشاطبي، أن أعلى مراتب الاجتهاد ـ لأن البحث فيه ـ إنَّ في التشريع الاجتهادي، أو الإفتاء[٣]، هو أخذ الظروف المحتفة بالواقعة المعروضة، أو التي تلابس الشخص، بعين الاعتبار، كما ذكرنا، ويطلق عليها **«الخصوصيات»**[٤] تمييزاً لها عن **«الكليات»** التي لا تراعي ذلك.

هذا، ومراعاة **«الخصوصيات»** تستلزم النظر فيما يؤول إليه حال الشخص المستفتي قبل أجابته عن سؤاله، فيما لو طبق مقتضى النصوص عليه، في ضوء ظروفه الخاصة.

ويشير الإمام الشاطبي، إلى أن من لم يبلغ هذه المرتبة الأولى من الاجتهاد، لا ينظر في ذلك، ولا يبالي بالمآل، إذ ورد عليه أمر أو نهي، أو غيرهما، بل كان في مساقه كلياً»[٥].

---

(١) المرجع السابق: (٤/ ٢٣٢). هذا ويطلق الإمام الشاطبي على المجتهد الذي بلغ هذه المرتبة الأولى من الاجتهاد في الاستنباط، وتحقيق المناط الخاص في الوقائع، وما يلابسها من أحوال، اسم «الشارع» المجرع السابق.

(٢) المرجع السابق.

(٣) يقيم الإمام الشاطبي الأدلة على أن «المفتي» قائم في الأمة مقام النبي ﷺ «الموافقات»: (٤/ ٢٤٤ وما يليها).

(٤) يقصد بالخصوصيات الظروف والأحوال والعوارض الطارئة التي تتعلق بأفعال المكلفين، كلًا على استقلال، لأنها مَحَالٌ تلك الخصوصيات، والمجتهد من المرتبة الأولى يسمى: الربَّاين، والحكيم، والراسخ في العلم، والعالم، والفقيه، المرجع السابق.

(٥) «الموافقات»: (٤/ ٢٣٣)، وقد ضرب الإمام الشاطبي لذلك أمثلة في مواضع متفرقة في بحث الاستحسان، ومسألة اعتبار المآل، ويشير إلى أن مذهب الإمام مالك غني بالتطبيقات لهذا الأصل. =

ويقصد بالمساق الكلّي، النظر في معاني النصوص، مجرّدة، نظراً عاماً ينطبق على جميع الحالات، دون اعتبار لما يلابس كلَّ واقعة من عوارضَ طارئةٍ خاصة بها على استقلال.

فالنظر العام، في النصوص ومعانيها المجرّدة، ونقلها، ثم تنزيلها على الوقائع التي تتناولها بمناطها العام، تنزيلاً عاماً، أيضاً، دون اعتبار لخصوصيات أشخاص المكلَّفين، أو خصوصيات أفعالهم، ودون تبصُّر في مآل المستفتي المتوقع، من جرَّاء تطبيق النصوص عليه، هذا كلُّه غيرُ جائزٍ، لا في الاجتهاد التطبيقي، ولا الإفتائي، لمجافاته للعدل، والمصلحة، ولمضادَّة مقصد الشارع، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «إن هذه المرتبة ـ الثانية لا الأولى ـ يلزمها ـ عقلاً ـ إذا لم يعتبر الخصوصيات، ألا يعتبر محالَّها، وهي أفعال المكلَّفين، بل كما يُجري الكليات في كل جزئية على الإطلاق، يلزمه أن يُجريَهَا في كل مكلَّفٍ على الإطلاق، من غير اعتبار بخصوصياتهم، وهذا لا يصحُّ كذلك، على ما استمر عليه الفهم في مقاصد الشارع، فلا يصح مع هذا[1]، إلا اعتبار خصوصيات الأدلّة، فصاحبُ هذه المرتبة ـ الثانية ـ لا يمكنه التنزل إلى ما تقتضيه رتبة المجتهد، فلا يستقيم مع هذا أن يكون من أهل الاجتهاد[2].

هذا، وقد ورد في السُنة، وفي إفتاء مُجتهدِيْ الصحابة، ما يفيد حجِّية هذا الأصل:

أ ـ أما ما ورد في السُنة، فمن مثل دُعائه ﷺ لأنس، بكثرة المال، فبورك له فيه، بينما قال عليه السلام لثعلبة بن حاطب، حين سأله الدعاء بكثرة المال: «**قليل تؤدّي**

= ومؤدّى هذا ـ كما يقول الشيخ دراز في تعلقه ـ: أي فلا بد من النظر في محال الخصوصيات، وهي أفعال المكلفين، فلا يكونون عنده سواءً، بل كلٌّ وما يليق به، هامش المرجع السابق.

(١) الإشارة هنا إلى اعتبار خصوصيات المكلفين، إذ لا يصح مع هذا الاعتبار، إلَّا اعتبار خصوصيات الأدلة.

(٢) أي: فلا بد من النظر في الجزئيات والخصوصيات، وتفاصيل الأدلة.

شكرَهُ خيرٌ من كثيرٍ لا تطيقُه»[(١)](٢).

فكان دعاؤه وإرشاده ﷺ لكلٍّ منهما بما يناسب نفسه وحاله.

ومن ذلك، نهيه ﷺ لأبي ذر الغفاري عن الإمارة وكفالة اليتيم، إذ قال له: «**يا أبا ذرّ! إني أراك ضعيفاً، وإني أحب لك ما أحب لنفسي، لا تَأَمَّرَنَّ على اثنين، ولا تَوَلَّيَنَّ مالَ يتيم**»(٣) ومن المعلوم أن الإمارة وكفالة اليتيم من أفضل الأعمال، وأجزلها ثواباً، لمن قام بحق الله فيهما، لقوله ﷺ في الإمارة والحكم: «**إن المقسِطينَ عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن**»(٤) ولقوله ﷺ: «**أنا وكافلُ اليتيم، كهاتين في الجنة**»(٥) ولكن الرسول ﷺ نهاه عنهما ـ كما يقول الإمام الشاطبي ـ لما علم له خصوصاً في ذلك من الصلاح(٦). ويقول أيضاً: «ودلّ ـ عليه الصلاة والسلام ـ أناساً شتى على ما هو أفضل الأعمال في حق كل واحد»(٧) أي بالنسبة لكل واحد على استقلال.

ب ـ وأما ما ورد من إفتاء مجتهدي الصحابة، فمن مثل فتوى ابن عباس رضي الله عنه حين سأل سائل، **ألِمَنْ قتل مؤمناً مُتعمِّداً، توبةٌ؟ قال: لا، إلّا النار، فقال له جلساؤه** بعد أن ذهب الرجل: كنت تُفْتينا يا ابن عباس، أن لمن قتلَ توبةً مقبولة؟ قال: إني

---

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير»: ٧٨٧٣، والبيهقي في «الشعب»: (٤/ ٧٩)، من حديث أبي أمامة.
وللتبين من هذه القصة انظر تفسير ابن كثير: (٤/١٩٩) [التوبة: ٧٦]. وقد ذكر ابن حجر في «الإصابة»: (١/ ٤٠٠) أنه قد حصل لبس بين الصحابي البدري ثعلبة بن حاطب وبين المنافق ثعلبة ابن أبي حاطب. فارجع إليه وانظره.

(٢) «الموافقات»: (٤/ ١٠٠ وما يليها)، ولكن ثعلبة لم يقبل إرشاد الرسول ﷺ لما يناسب حاله، فنزل فيه قوله تعالى: ﴿وَمِنْهُم مَّنْ عَـٰهَدَ ٱللَّهَ﴾ الآية [التوبة: ٧٥] فكان ذلك من معجزات الغيب، المرج السابق.

(٣) أخرجه مسلم: ٤٧٢٠، وأحمد: ٢١٥٦٣، من حديث أبي ذر.

(٤) أخرجه مسلم: ٤٧٢١، وأحمد: ٦٤٩٢، من حديث عبد الله بن عمرو.

(٥) أخرجه البخاري: ٥٣٠٤، وأحمد: ٢٢٨٢٠، من حديث سهل بن سعد.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق: (٢/ ٢٦٤ ـ ٢٦٥)، وراجع أيضاً: (١/ ١٧٧)، والأدلة على ذلك كثيرة لا تحصى.

ـ هذا، ولفظ، تأمَّرَنَّ، وتَوَلَّيَنَّ، قد حذفت «تاء» المضارعة في كل منهما، والأصل: تَتَأمَّرَنَّ، وتَتَولَّيَنَّ.

لأحسِبه رجلاً مُغْضَباً[1]، يريد أن يقتل مؤمناً» فأدرك ابن عباس رضي الله عنه ببصيرته الثاقبة، خصوص هذا العارض الذي يعترض الشخص المستفتي، فنشأ عنه مناط أو دليل يستدعي حكماً آخر، يختلف عن مناط حكم التوبة في الأصل. ذلك لأن ظاهرة الغضب هذه تنِمُّ عن انطواء نفسه على نية الإقدام على اقتراف جريمة القتل في حق مؤمن، فرأى ابن عباس باجتهاده أن توبة مثل هذا الشخص في خصوصية حاله وفعله، لا يتحقق فيها مناط التوبة النصوح الصادقة التي تحمل صاحبها على الإنابة إلى الله تعالى، لأنه ينوي الإقدام على الإجرام، ويبحث ـ في الوقت نفسه ـ عن المَخْلَصِ مسبقاً، فأجابه بما اقتضاه الدليل الناشئ عن حاله اقتضاءً تبعياً، يختلف عن اقتضاء الدليل الأصلي لحكم التوبة النصوح[2]، لعل ذلك يصده عن مآل الإجرام.

وعلى العكس من ذلك، المستفتي الذي تعتريه حالة اليأس والقنوط من رحمة الله تعالى، بأن كان يستعظم أن يتوب الله عليه، وهو تائب فعلاً، منيب إليه تعالى، فالمفتي يجيبه بما يليق بحاله، مما يبث روح الطمأنينة في نفسه، فيخبره بأن رحمة الله واسعة، وأن عظيم توبته سبحانه لمن تاب، وآمن، وعمل صالحاً، وأنه تعالى لا يتعاظَمُه ذنبٌ أن يَغفِرهُ، بالأدلة الواردة في الشرع، وهي الأدلة التي تقتضي حكم التوبة اقتضاءً أصلياً، إذ لا عوارض منافية طرأت.

فالموضوع ـ كما ترى ـ هو حكم التوبة، فاختلف حكم الإفتاء به، تبعاً لاختلاف حال كل مكلف.

وفي هذا المعنى يقول الشيخ دراز تعليقاً وتوضيحاً على قول الإمام الشاطبي السابق: «**المناط الخاص**، المفروض فيه، أنه يختلف حُكمُه عن العام بسبب طُرُوِّ عوارض، حتى يكون من الاقتضاء التبعي الذي يخالف حكم الأصل، ويكون الحكم فيه مقصوراً عليه، بحسب العوارض»[3].

---

(١) وهذا هو العارض الذي نشأ عنه مناط أو دليل تكليفي آخر، يختلف عن المناط العام لحكم التوبة. «الفتيا» ص٤٦ للأستاذ سليمان الأشقر، طبع الكويت.

(٢) «الموافقات»: (٤/ ١٠٠ ـ ١٠١)، و«الفتيا» ص٤٦ للأستاذ سليمان الأشقر.

(٣) «الموافقات»: (٣/ ٨٠ وما يليها). انظر الهامش.

وأما المساق الكليّ، فيسوِّي بينهما في الحكم، لأنه نظر عام، لا يراعي الخصوصيات، ولا مآل المستفتي المتوقع.

ألا ترى، أن «المفتي» لو أجاب السائل الأول بما أجاب به الثاني، عن حكم التوبة؟ لكان المآل جرأة الأول على الإجرام، وهو مآل محرَّم غير مقصود الشارع قطعاً، وهذا الاجتهاد لا يصحُّ، بل لا يجوز، لمجافاته للعدل، ومقصد الشارع.

وهذا الأصل العظيم، ليس مقصوراً تطبيقه على الحالات الشخصية أو الفردية الخاصة، بل هو شاملٌ بحكمه كلَّ طائفة أو جماعة، أو أهل بلد أو شعب أو أمة، إذا اعترى كلًا منها حالٌ أو طرأ عليه عارضٌ واحدٌ معيّنٌ.

وفي هذا مجال خصيب للاجتهاد والاختلاف، منشؤه تفاوتُ المدارك في تقدير العوارض والأحوال.

منشأ قاعدة تحقيق المناط الخاص:

إن منشأ تحقيق «المناط الخاص»[١] هو كما قال الإمام الشاطبي «أصل النظر في مآلات الأفعال»، وتأسيساً على ذلك يندرج في هذه القاعدة ما يلي:

١ ـ **التعسف في استعمل الحق**[٢].

٢ ـ مبدأ سد الذرائع.

٣ ـ مبدأ فتح الذرائع.

٤ ـ مبدأ الاستحسان.

ويقول الإمام الشاطبي في هذا المنشأ:

---

(١) ولكل حالة أو واقعة مناط أو دليل تكليفي ينهض بحكم خاص بها، يناسبها، ناشئ عن الظروف التي تلابسها، وبذلك يختلف المناط، تبعاً لاختلاف الظروف التي تلابس الحالات الواقعية، فتختلف بالتالي أحكامها المترتبة عليها، كما رأينا في حالات الزواج، وإذا اختلفت الدلائل والأحكام، اختلفت الجزاءات عند المخالفة تبعاً لذلك، في حين أن تحقيق المناط العام، حكمه عام.

(٢) راجع «**نظرية التعسف في استعمال الحق**» وهي رسالة نالت درجة الدكتوراه بتقدير «ممتاز»، الطبعة الثانية، للمؤلف.

«وجميع ما مرَّ في تحقيق المناط الخاص، مما فيه هذا المعنى، حيث يكون العمل في الأصل مشروعاً، لكن يُنْهى عنه، لما يؤول إليه من المفسدة، أو ممنوعاً، لكن يترك النهي عنه، لما في ذلك من المصلحة» وقد سبق تفصيل ذلك.

غير أنه يشترط في الواقعة التي تحقق فيها مناط خاص بالنظر لما يلابسها من ظروف، أن تكون داخلةً أصلاً في المناط العام[١].

فالتطبيق النظري الآلي غير المستبصر، لا يعرفه التشريع الإسلامي، سواء في الاجتهاد التشريعي، أم في الاجتهاد الإفتائي، لمناقضته لمقتضى العدل، بل لمنافاته للأصل العام الذي قام عليه التشريع الإسلامي كله، من جلب المصالح، ودرء الإضرار والمفاسد.

فالاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي تطبيقاً إذن مستمر أبد الدهر، لصلته الوثقى بمفهوم العدل فيه.

التأويل والتعليل

ومن أهم أسباب اختلاف الفقهاء التأويل والتعليل.

بيّنا أن «التعليل»[٢]، لا يعدو كونه عملاً عقلياً تقتضيه طبيعة التشريع نفسه، من حيث إنه إرادة الشارع قد أفرغت في صيغة لغوية، يستهدف معناها غايةً أو مقصداً شرعياً مرسوماً، يتوخّى الشارع الاجتهاد من أهله في تبينه علماً، وتحقيقه وحمايته من قِبَل المكلَّف واقعاً وعملاً، وهذا المقصد هو روح النص ومعقوله، وإلّا كان التشريع بلا غاية، وذلك أمر لا يُتصوَّر وقوعُه في التشريع الوضعي فضلاً عن التشريع السماوي، وإلّا كان العبث أو التحكم، وكلاهما لا يشرع، لمنافاة ذلك للأصل العام الذي قام عليه التشريع كله.

وأما وجه كونه سبباً هاماً من أسباب اختلاف الفقهاء، فلأن العلة أو حكمة

(١) المرجع السابق.

(٢) التعليل، بيان «العلة» التي بُني عليها حكم النص، وهي مظنة الحكمة وضابطها.

التشريع عنصرٌ عقليٌ خارج عن منطوق النص، وإن كان داخلاً في منطقه، ولا مراء أن العقول والمَلَكات متفاوتة في مُدْركاتها، والاختلاف صدى أو أثر لهذا التفاوت[١]، مثال ذلك اختلاف الفقهاء في علة الربا.

أما «**التأويل**» فهو الصخرة العاتية التي تكسرت عليها وحدة الفكر الإسلامي، وقد شمل **الأقوال، والأفعال، والأحداث**، وسيأتي تحديد معناه أصولياً.

وجوه الاتفاق والاختلاف بين التأويل والتعليل:

يتفق التأويل والتعليل من حيث كونهما **منهجين أصوليين عقليين قويمين** من مناهج الاجتهاد بالرأي في تفسير النصوص[٢]، غير أنهما يختلفان **مفهوماً، ودوراً، ومجالاً، وأثراً**.

١ ـ من حيث المفهوم:

فالتأويل تغيير للمعنى اللغوي الظاهر من النص المتبادر من صيغته اللغوية، لدى قراءته، أو سماعه، إلى معنى آخر، تحتمله الصيغة، بوجه من وجوه الاحتمال المعتبرة، على أنه هو مراد الشارع في غالب ظن المجتهد، بدليل قوي مرجِّح.

وعلى هذا، فالتعليل يعتمد ـ بادئ ذي بدء ـ بيان المعنى الكامل الذي يشمله منطوق النص، دون تغيير، لكنه يرتقي بعد ذلك من أرضية هذا المعنى اللغوي الأول،

---

(١) بحث الإمام الشاطبي في كتابه القيِّم «الموافقات» في أصول الشريعة، في المجلد الثاني، «مقاصد الشريعة» وأقام الدليل القاطع على أن «التعليل» من سنن الشارع، ومنهجه في تصرفاته في التشريع، وآية ذلك، أن الشارع كثيراً ما يقرن الحكم بحكمة تشريعيه، أو بالعلة التي شرع من أجلها حكم النص صراحة، ليرشد المجتهدين إلى هذا المنهج في التفسير والاجتهاد، فضلاً عن الإشارة إلى «معقولية التشريع» جملةً وتفصيلاً.

(٢) ويعرفه الإمام الغزالي بقوله: «التأويل احتمال يعضده دليل، يصير به أغلب على الظن، من المعنى الذي يدل عليه الظاهر». «المستصفى»: (١٢٨/١)، ويقصد بالاحتمال، وجهاً من وجوه المعاني الذي يغلب على ظن المجتهد أنه مراد الشارع. راجع بحث «التأويل» مفصلاً في «**المناهج الأصولية**» من ص١٣١ إلى ص١٨٢ للمؤلف. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

إلى أفق منطقه التشريعي بِتبْيين علته، ثم «تعدية» حكمه إلى كافة مواقع هذه العلة، حمايةً لحكمة التشريع - والعلّة مظنتُها وضابطُها - وتحقيقاً لإرادة الشارع في أوسع مدى، وتفادياً للتناقض في الاجتهاد، ولا نقصد بالمنطق التشريعي إلّا هذا.

وفي هذا مجال خصب للاجتهاد بالرأي، ولاختلاف وجهات النظر.

وإذا كان من معنى المنطق التشريعي، تعميم الحكم على محالّ علته، فإن النص يصبح عاماً من حيث معقوله، أو معنى معناه، بعد أن كان خاصاً بواقعته المنصوصة في منطوقه اللغوي المحض قبل التعليل، كما سيأتي توضيحه بالمثال.

وبعبارة أخرى، إن تعميم حكم النص على جميع محال علته المستجدة غير المنصوصة، عموم عقلي لا لغوي، بمعنى أن العقل يحكم بأنه يلزم من وجود العلة وجود الحكم عقلاً لا لغة، فاقتضاء العلة لحكمها إذن لزوم عقلي منطقي لا وضع لغوي، والعقول والملكات تتفاوت في ذلك أيمّا تفاوت، فينشأ الاختلاف.

هذا إذا لم تكن العلة منصوصاً عليها صراحة في النص، وإلّا كانت جزءاً من منطوقه[1]، فضلاً عن أنها قوام منطقه التشريعي الذي يمثل المصلحة والعدل، ولهذا لا يتصوَّر بَتْرُ الحكم عن حكمة تشريعه، بل هما مقترنان، وكلاهما من وضع الشارع الحكيم[2].

هذا، وعلى المجتهد بعد استنباطه لعلة النص، أن يفسِّر ويحدِّد معناه، ومجال تطبيقه، في ضوء هذه العلة، لأنها روح النص المُهَيْمن على معناه وحكمه، كما سيأتي توضيحه بالمثال.

ومن المقرر أصولياً أنه إذا كان الأصل في النصوص التعليل، كما قدمنا، فإن

(١) وقد تكون العلة أو حكمة التشريع قريبة المأخذ، متبادرة من النص لغةً، ولو لم تكن منصوصاً عليها، فلا تفتقر بالتالي إلى اجتهاد في تبيُّنها، بل يدركها كل من يعرف اللغة، كما في دلالة النص، فلا يكون تعيينها سبباً من أسباب اختلاف الفقهاء بداهةً. على أن «الحكمة التشريعية» في الحالتين، هي قوام المصلحة والعدل، التي توخّى الشارع تحقيقها وحمايتها، ببناء الحكم عليها، بل وتشريعه من أجلها.

(٢) «الموافقات»: (٢/ ٣١٥)، وانظر «نظرية التعسف» للمؤلف ص١٧ [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

الأصل عدم التأويل حتى يوجد موجبه[١] (بكسر الجيم) ومسوغه[٢]، كما سيأتي في دور كل منهما.

٢ ـ دور كل من التأويل والتعليل:

أما أهم دور للتأويل، فهو التنسيق بين المعاني المتعارضة للنصوص، ليرفع هذا التعارض الظاهري[٣] إما بالتوفيق بين النصين، أو ترجيح أحدهما، إذا استحال، إذ التشريع الإسلامي، ليس من سماته التعارض أو التناقض.

أو بعبارة أخرى، إن التأويل تصرف في المعاني لا في الألفاظ، ينسق بينها، ليبين مراد الشارع منها، كما في تخصيص العام، وتقييد المطلق، وصرف اللفظ عن معناه الحقيقي إذا استحالت إرادته إلى معنى مجازي، كل ذلك بموجب ومسوِّغ، كما أسلفنا.

أما التعليل فقد بيّنا دوره، وهو تبيين علّة النص، ثم تفسير النص في ضوئها، ثم تعميم حكم النص على محالّ علّته.

٣ ـــ مجال كل من التأويل والتعليل:

أما «التأويل» فمجاله فيما دون «القطعيات» وأساسيات الشريعة، ذلك، لأن النص القطعي أو المفَسَّر[٤]، إرادة الشارع فيه بيِّنةٌ، والتأويل تغيير لهذه الإرادة الواضحة،

---

(١) الموجب (بكسر الجيم) من أوجب يوجب إذا فرض وألزم واقتضى ومن ذلك التعارض.

(٢) المسوغ هو الدليل الذي يجيز تغيير المعنى اللغوي، وكل ما كان خلاف الأصل، افتقر إلى دليل يسوغه، أما الجري على مقتضى الأصل، فلا يفتقر إلى دليل.

(٣) وإنما وصفت التعارض بكونه ظاهرياً، لا حقيقياً، لأن المشرع لما نصب الدليل الذي يدل على مراده، في كل نص من النصوص المتعارضة، فقد غدا عمل المجتهد مقصوراً على اكتشاف هذا التنسيق الذي كان قائماً فعلاً، قبل تأويل المجتهد، ثم جاء تأويله ـ بعد البحث والاجتهاد ـ مؤكداً لهذا التنسيق، ومقرراً، والمجتهد مسترشد في ذلك بأدلة الشرع، لأنها مسوّغات التأويل، ومؤكدات لمنطق التشريع.

(٤) بفتح السين، وهو النص الواضح الدلالة على معناه الذي سيق له النص أصالةً، وهو من الوضوح بحيث لا يحتمل التأويل، لأن مراد الشارع فيه بين، وكذلك المحكم. راجع: بحث المفسر والمحكم =

وذلك لا يجوز، لأن الاجتهاد مهمته تبيين إرادة المشرِّع، وتحريها، لأنها تمثل الحق والعدل، وقد أفصح عنها الشارع بنص قاطع، وتغييرها بالتأويل خروج عن الحق والعدل، وذلك لا يجوز في جميع الشرائع، لأنه تشريع جديد، وهو افتئات على حق المشرع في التشريع، ومضادة لشرعه، وكل ذلك باطل، فالنصوص المفسرة وكذلك المحكمة، من النظام الشرعي العام، لا مجال للتأويل فيها.

أما «التعليل» فيشمل **القطعيات والظنِّيات** على السواء، ولا يستثنى من مجاله إلا **التعبدِّيات**، **والمقدرات**، إذ لا مدخل للعقل ولا للاجتهاد فيها.

٤ ـ أثر كل من التأويل والتعليل:

بدا لنا مما سبق، أن أثرهما كليهما يتصل بمنطق التشريع، يظهره ويؤكِّده، غير أن تأكيد التعليل لهذا المنطق يبدو في أمرين:

أولهما: في تحديد معنى النص، وتفسيره، في ضوء حكمة تشريعه، وهو تحكيم لمعنى عقلي في فهم النص التشريعي.

ثانيهما: التوسع في تطبيق النص، وتعميم حكمه على كافة مواقع علته، وبذلك يُكسب التعليل النص قوة منطقية.

أما تأكيد «التأويل» للمنطق التشريعي، فقد بدا لنا في رفع التعارض الظاهري، والتنسيق بين المعاني، بناء على دليل قوي يستند إليه المجتهد.

أو قد يكون رفعه عن طريق إهدار أحد الدليلين عند استحالة التوفيق.

نعم، قد يكون «التعليل» مرحلة قَبْلِيَّة، يعقبها التأويل، بمعنى، أنه إذا تبين المجتهد «علة» النص، أو حكمة تشريعه، أمكنه أن يؤول النص على ضوء هذه الحكمة، لكن يبق بعد هذا التأويل أثر التعليل قائماً، وهو التوسع في تطبيق النص المؤول، على جميع محَالِّ «علته» التي كانت مسوغاً ودليلاً لتأويله، بعد تحديد معناه في ضوء حكمة تشريعه، وفي هذا مجال واسع لاختلاف وجهات النظر بين الفقهاء.

= ـ في «المناهج الأصولية» ص٤٩ و ٥٥ وما يليهما للمؤلف [ط. الرسالة ٢٠٠٨]، وراجع: «النظام الشرعي العام» ص٤٥٥ وما يليها المرجع السابق.

مثال توضيحي للتعليل والتأويل، وبيان دورهما وأثرهما:

أولاً ـ قال عليه الصلاة والسلام: «**لا يقضي القاضي وهو غضبان**».

وفي رواية: «**لا يقضِيَنَّ حَكَمٌ بين اثنين وهو غضبان**»[1].

فالمجتهد يتساءل عن مراد الشارع من النص، والعلة في هذا النهي، هل هي ذات الغضب وخصوصيته، أو أن الغضب حالة نفسية من الحالات التي تُعكِّر صفاء الذهن، وتعبث بسلامة التصور والتقدير للوقائع والحجج المعروضة من قِبَلِ الخصوم، فلا يتمكن القاضي معها من الترجيح، والحكم بالعدل والإنصاف؟ لا ريب أن هذا المعنى الثاني هو الراجح في كونه علة حكم النهي.

وعلى هذا يغدو المقصود من «الغضب» في النص، ليس هو ذات الغضب أو معناه اللغوي، بل أثره، ولا ريب أن حالات أخرى كثيرة تشترك مع الغضب من حيث هذا الأثر، كالخوف، والجوع، والمرض، والهمّ، والحزن الشديد، فهذه الأمور وما شابهها يشملها النص بعلّته ومعقوله، وإن كان لا يشملها بلفظه ومنطوقه، فتأخذ حكمه، فلا يجوز للقاضي بالتالي، أن يقضي إذا اعترته حالة منها، ويصبح تخصيص «الغضب» بالذكر في النص على سبيل المثال، لا على سبيل الحصر، تأكيداً لمنطق التشريع.

وعلى هذا، يصبح النص عاماً بمعقوله، بعد أن كان خاصاً بحالة من الغضب من حيث منطوقه ولفظه، ومراد الشارع هو هذا المعنى العام المستخلص بعد التعليل، بداهةً، وهذا يدل على الوقوف عند حرفية النص يؤدِّي إلى الحكم بمنع القاضي من القضاء في حالة الغضب فحسب، وعدم منعه من القضاء في حالات أخرى، قد تكون أشدَّ تشويشاً وتعكيراً لذهنه، وتأثيراً على نفسيته، مما لا يساعده على الحكم بالعدل، وهذا هو التناقض الذي ينافي منطق التشريع، والتناقض ليس من سمات تشريع الله ورسوله، بل لا يتصوَّر وقوعه فيه، كما بيّنا.

---

(١) أخرجه البخاري: ٧١٥٨، ومسلم: ٤٤٩٠، وأحمد: ٢٠٥٢٢، من حديث أبي بكرة.
وراجع أيضاً: «شفاء العليل» للإمام الغزالي ص٦٠.

وعلى هذا، أصبح معقول الحديث وعموم دلالته، ومعناه المقصود للشارع بعد التعليل: لا يقضي القاضي حالة تشويش عقله، وتَعكُّر صفاء ذهنه، واختلال توازن تفكيره، وهذا المعنى غير مقصور على الغضب كما ترى، فهو عام الدلالة والمعنى وإن أُورد مورداً خاصاً.

ويتفاوت المجتهدون في سبر غور النص، وإدراك الحكمة التشريعية منه، لتفسيره، وتحديد معناه على ضوء منها، لأنها روح النص، ومعقوله الذي شرع حكم النص من أجله، ثم تعميمه على جميع مظانِّ وجودها، حمايةً لها، وتأكيداً لمنطق التشريع، كما ذكرنا.

لذا كان كلٌّ من التأويل والتعليل من أهم أسباب اختلاف الفقهاء.

القواعد الأصولية واللغوية

هذا، ومن أهم أسباب اختلاف الفقهاء التي تشترك فيها نصوص الكتاب والسنة، القواعد الأصولية واللغوية، ونورد بعضاً منها فيما يلي:

١ ـ مُوجَبُ النص العام[1]:

إن معظم نصوص القرآن الكريم المتعلّقة بالتشريع، عامة، ومطلقة، وثمة عمومات وإطلاقات في السنة أيضاً، فوقع اختلاف بين أئمة الفقه في مدى قوة دلالة العام على معناه، واستغراقه لجميع أفراده، أهي قطعية أم ظنية؟

فمن ذهب إلى أن العام المطلق قطعي الدلالة على معناه، لم يجز تخصيص عام القرآن الكريم ابتداءً بالسنة الأحادية أو القياس، أو المصلحة المرسلة، وأجاز ذلك من قال بظنيِّة العام، بناءً على كثرة تخصيص العمومات وقوعاً واستعمالاً من قبل المشرع، حتى شاع قول الأصوليين «ما من عام إلّا وخصص»، فأضحى للعام حقيقة شرعية.

---

(١) موجب العام (بفتح الجيم): حكمه، أو الأثر الثابت به، راجع في هذه المسألة بحثاً مفصلاً في كتابنا «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ص٣٦٩ وما يليها [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

ومنشأ الخلاف هل يحمل اللفظ العام المطلق الذي لم يسبق تخصيصه فعلاً، ولا قام دليل يؤكد عمومه[١]، على ما يفيده الوضع اللغوي، وهو الدلالة القطعية على شموله لجميع أفراده، أو على حقيقته الشرعية التي تعبِّر عن إرادة الشارع، وتفيد شموله لبعض أفراده غالباً، بقرينة كثرة التخصيصات من قبل المشرع نفسه؟

بالأول قال جمهور الحنفية، وبالثاني قال جمهور الشافعية ومن معهم.

٢ ـ مفهوم المخالفة: ومدى حجِّيته في الاستنباط من النصوص التشريعية من الكتاب والسنة بوجه خاص، أما في غير ذلك من النصوص فهو حجّة بالإجماع، فهل يدلُّ النص التشريعي المقيَّد بقيد من صفة أو شرط، أو غاية أو عدد، على نقيض حكمه عند انتفاء ذلك القيد المعتبر في تشريعه، فيُستفاد حينئذ من النص حكمان شرعيان: أحدهما عن طريق المنطوق، والآخر عن طريق المفهوم المخالِف، أو لا يدل إلّا على حكم واحد فقط، هو المنطوق، وهو ساكتٌ عن غيره ـ على الإباحة الأصلية ـ حتى يأتي دليلٌ آخر فينهض بحكمه؟

بالأول قال جمهور الشافعية ومن معهم، وبالثاني قال جمهور الحنفية، وكان لذلك الاختلاف أثر بعيد المدى في الاستنباط في[٢] الفروع.

٣ ـ الحقيقة والمجاز:

وذلك، كما في قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ﴾ [الحشر: ٨].

فهل المقصود بكلمة «الفقراء» معناها الحقيقي لغةً، والفقير من لا يملك شيئاً، وتكون إضافة الديار والأموال إليهم مجازاً مرسلاً، باعتبار ما كان، والقرينة لفظية،

---

(١) راجع: «أصول التشريع الإسلامي» ص٤٩٣ للمؤلف.

(٢) راجع بحثاً مفصلاً في هذه المسألة، المرجع السابق ص٣٨٧، وقد أقمنا هذا البحث على أساس من مفهوم «الحق» في الإسلام، وما لذلك من صلة بأصول العدل فيه، ولم نقتصر على بحثه لغوياً فقط، كما جرى على ذلك معظم الأصوليين، وانتهينا إلى أنه حجة يجب العمل بمقتضاه، إذ تَمَحَّضَ القيد لبيان التشريع، لأن المقام بيان شرع، لا لغرض آخر.

وهي كلمة الفقراء، ويلزم عن ذلك عقلاً، بدلالة الإشارة، أن ملكيتهم قد زالت عن ديارهم وأموالهم، وانتقلت إلى عدوهم الذي أخرجهم من تلك الديار والأموال عنوة وبقوة السلاح، ذلك هو المعنى العقلي المنطقي اللازم لكلمة الفقراء إذا حملت على معناها الحقيقي.

أو المراد معناها المجازي، بقرينة إضافة الأموال والديار إليهم، والإضافة تقتضي التمليك؟. والمعنى: أنهم لبعدهم عن ديارهم وأموالهم، ولانحسار سلطان أيديهم عنها، بسبب إخراجهم منها عنوة، أصبحوا كأنهم فقراء، لا فقراء حقيقة!

وإذا لم يكونوا فقراء حقيقة، لزم عن ذلك بقاء ملكيتهم لأموالهم في ديارهم التي أخرجوا منها، وهذا المعنى على النقيض من الأول، كما ترى.

ويرجّح هذا المعنى الأخير، أن القوة الغاشمة في الإسلام لا تعتبر سبباً شرعياً لكسب الملكية، لأنه ظلم، والظلم تجب إزالته، بل ما أنزلت الشرائع كلها إلّا لإقامة العدل والحق، ولقوله تعالى: ﴿وَأَخْرِجُوهُم مِّنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُمْ﴾ [البقرة: ١٩١].

وأيضاً لا سلطان لكافرٍ على مسلمٍ بإطلاق، أيّاً كان ذلك النوع من السلطة، ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، لأن كلمة سبيل نكرة في سياق النفي، فَتَعُمّ كافة وجوه السلطة والولاية وبإطلاق.

٤ ـ **الحقيقة اللغوية والحقيقة العرفية**، في متفاهم الناس، وتخاطبهم، وذلك كالألفاظ التي تستعمل في اليمين، إذ تُحْمَلُ على معناها العرفي الذي نقلت إليه، لا اللغوي.

فالحقيقة الشرعية، أو العرفية مقدمة، لأن الأولى تعبر عن إرادة الشارع الحقيقية، والثانية تعبر عن إرادة المتصرف الحقيقية. لكن قد يحصل الاختلاف، لا في أصل هذه القاعدة، بل في تحقيق مناطها في الوقائع المعروضة، فيقع الاختلاف حينئذٍ من حيث التسليم بتمام النقلِ أو عدم تمامه، وقرينة ذلك التبادر، عند الإطلاق، كما قدمنا، وقد يكون المعنى الشرعي أو العُرفي أعمُّ أو أخصُّ من المعنى اللّغوي الأصليّ.

٥ ـ الإشكال في النصوص لفظاً أو أسلوباً:

سواء أكان في الاشتراك اللفظي[١] أو التعارض الظاهري بين النصوص[٢] أو الإشكال في الأسلوب[٣].

٦ ـ قواعد حمل المطلق على المقيد، وهي مما يتصل بمقاصد التشريع، ولا يتسع المجال لتفصيله[٤].

٧ ـ موجب الأمر والنهي، وأثر النهي في العبادات والمعاملات، أو قواعد تفسير ذلك[٥].

أما القواعد الأصولية التي تعتبر أنواعاً للأدلة الإجمالية، فمن مثل: الأمر والنهي وما في معناهما قوام أحكام التشريع كله.

٨ ـ حجية القياس الأصولي، والشروط المتعلقة بأركانه.

٩ ـ الاختلاف في شروط إعمال قاعدة الاستحسان، والمصالح، وقاعدة سد الذرائع..

١٠ ـ الاستصحاب هل هو حجة مطلقاً، أو في الدفاع لا في الاستحقاق[٦]؟

---

(١) كالمثال التقليدي في لفظ «القرء» هل المراد به الحيض أو الطهر، ومن مثل حرف «أو» الوارد في آية المحاربة، هل المراد به التخيير أو التوزيع. راجع بحث «الإشكال» في كتابنا: أصول التشريع الإسلامي ـ طبع جامعة دمشق. راجع: «أسباب اختلاف الفقهاء» ص١٤٣، للدكتور عبد الله تركي.

(٢) من مثل الحامل المتوفى عنها زوجها «فقد تناولها نصان متعارضان، كل منهما يثبت لها حكماً في مدة عدتها يخالف الآخر، وهما: قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]. فهل تعتد بوضع الحمل فقط، أو تعتد بأبعد الأجلين، إعمالاً للدليلين، على ما هو مقرر في كتب الفقه».

(٣) من مثل قوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] هل هو الزوج أو الولي، راجع: «المناهج الأصولية» في بحث الإشكال، ص٧٣، للمؤلف.

(٤) راجع: «أصول التشريع الإسلامي» ص٥٤٩، للمؤلف، طبع جامعة دمشق، المرجع السابق ص٥٥٧، وراجع: «أسباب اختلاف الفقهاء» للدكتور عبد الله بن تركي ص٧٥٨ ـ ص١٧١.

(٥) «أصول التشريع» ص٧٥٨ للمؤلف.

(٦) «أسباب اختلاف الفقهاء» للدكتور تركي ص١٣٦ .

١١ ـ حجية الإجماع السكوتي.

١٢ ـ قول الصحابي أخذ به مالك وأبو حنيفة وأحمد وخالف الشافعي.

١٣ ـ عمل أهل المدينة هل يعتبر بمثابة السنة المتواترة التي تقدم على الحديث الأحادي، وعلى القياس عند التعارض؟ قال بذلك مالك وخالفه سائر الأئمة.

١٤ ـ شرْعُ من قبلنا، هل هو حجّة علينا ما لم يردْ ناسخ، أو ليس شرعاً لنا حتى يرِدْ في شرعنا ما يؤيدُه؟[١].

أهم أسباب اختلاف الفقهاء الخاصة بالسُنّة:

١ ـ مدى حجّية خبر الواحد في ذاته، ولو كان صحيحاً متصل السّند.

فالحنفية لا يحتجون به إلّا إذا توافرت فيه شروط ثلاثة:

أ ـ أن يكون الحديث قد اشتهر بين الثقات من المُحَدِّثين.

ب ـ ألا يكون الراوي قد عمل أو تصرّف أو أفتى بخلاف ما روى، لأنه لو فعل ذلك، لكان عاصياً، وذلك يسقط العدالة، وعدالة الراوي شرط في صحة روايته.

ج ـ ألا يكون موضوع الحديث الآحادي مما يكثر وقوعُه ويتكرَّر، وتعمُّ به البلوى، إذ يلزم عقلاً من تكرر وقوع موضوعه أن يُروى تواتراً، أو يشتهر على الأقل، فكونه يروى آحادياً، قادح في صحته.

أما الإمام مالك، فلم يشترط إلّا شرطاً واحداً في الحديث الآحادي الصحيح هو ألّا يُخالف عملَ أهلِ المدينة، لأن عملَهم بمثابة السُّنة العملية المتواترة أو المشهورة.

أما الإمام الشافعي، فلم يشترط سوى صحة الحديث، واتصال سنده.

وأما الإمام أحمد بن حنبل، فإنه ـ فضلاً عن اشتراطه اتصال السند، وصحّة الحديث ـ يحتجُّ بالحديث الضعيف، وهو ما يطلق عليه عند غيره من المحدِّثين الحديث «الحسن» ويقدمه على القياس.

---

(١) المرجع السابق ص١٢٣، و«التوضيح» لصدر الشريعة: (٢/ ١٦).

٢ ـ مدى حجّية الحديث المرسل[١]: وهو الذي رواه التابعي عن رسول الله ﷺ مباشرة، دون ذكر الصحابي، فهذه الحلقة مفقودة، فلا يحتج به الشافعي، اللهم إلّا مراسيل سعيد بن المسيب، لأنه وجدها كلها مسانيد، خلافاً للإمام أحمد ومالك وأبي حنيفة والثوري، إذ يحتجون بالحديث المرسل.

هل يصلح الآحادي حجّةً للزيادة به على الكتاب، وهل تعتبر هذه الزيادة نسخاً[٢].

٣ ـ تحكيم القواعد الفقهية في الحكم على صحة الحديث متناً أو معنى:

كما في حديث المصراة[٣]، حيث رده بعض الحنفية، لأن معناه يخالف مقتضى القواعد الفقهية المستقرة، من نواح ثلاث:

أولاً ـ أنه يقرر ضمان اللبن بالتمر، والتمر ليس مثلاً للبن، لأن مقتضى القاعدة العامة في الضمان: أن المِثْليات تُضمن بأمثالها، حتى يتحقَّق التعويض العادل صورةً ومعنى، وأن القيمي يُضمن بقيمته، أي معنى لا صورة، إذ لا مثل له، والتمر ليس مثلاً لِلَّبن ولا معنى.

ثانياً ـ يخالف مقتضى القاعدة: أن الضمان إنما يكون بقدر التالف، وهنا قُدِّر الصاعُ دون نظر إلى كمية اللبن.

ثالثاً ـ أن الأعيان إنما تُضمن عند هلاكها، وهنا تُضمن فيه بالتمر، مع بقائه، وبعضهم لا يشترط هذا الشرط[٤].

٤ ـ بلوغ الحديث فقيهاً وعدم بلوغه فقيهاً آخر، فيلجأ هذا الأخير إلى الاجتهاد بالرأي، فيقع الاختلاف:

وذلك، كما في توريث ابن الابن مع البنت عند ابن مسعود، لحديث بلغه في ذلك، وجَهِلَه أبو موسى الأشعري[٥].

---

(١) ويعرف المحدِّثون الحديث المرسل بأنه ما سقط منه الصحابي، أو ما سقط منه راوٍ أو أكثر.

(٢) «التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (٢/ ٣٦).

(٣) أخرجه البخاري: ٢١٥١، ومسلم: ٣٨١٥، وأحمد: ٧٣٠٥، من حديث أبي هريرة.

(٤) المرجع السابق: (٢/ ٨).

(٥) «الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم الأندلسي: (٢/ ١٢٦ ـ ١٢٧)، وراجع «الإسلام عقيدة وشريعة» للأستاذ الأكبر الشيخ محمد شلتوت ص٥١٣.

هذا، والصحابة الأعلام، وكذلك التابعون، وأئمة المذاهب، منهم المقِلُّ ومنهم المُكْثِر من السُنَّة.

٥ ـ الاختلاف في تكييف السُنة الواردة في أمر معين قولاً، أو فعلاً، أو تقريراً، بأنها تشريع، أو غير تشريع. (التمييز بين السنة التشريعية وغير التشريعية)، وإذا كانت تشريعاً، فهل هو دائم، أو مؤقت؟ وذلك تبعاً «**للصفة**» التي يتّصف بها النبي ﷺ إبّان صدور ذلك عنه، من كونه **مبلّغاً ورسولاً، أو قاضياً، أو مفتياً، أو رئيساً أعلى للدولة، أو بشراً عادياً.**

١ ـ فما صدر عن الرسول ﷺ بوصفه رسولاً، فذلك تشريع عام دائم يجب اتّباعه، إلى يوم القيامة، لأنه من البيان الشرعي، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤]. ومن ذلك تفصيل المُجْمَل، أو تخصيص العام، أو تقييد المطلق، أو التشريع المبتدأ الذي يتّفق مع القرآن مبدأ، ومقصداً.

٢ ـ ما صدر عنه ﷺ بوصفه رئيساً أعلى للدولة، أو قائداً عسكرياً، فهذا يجب اتباعه فيه إن تماثلت الظروف والبيئات، واقتضته المصلحة الراهنة، لأنه قائم على اعتبارات زمنية وبيئية، وذلك مما يتحكم فيه اختلاف الظروف والمصالح ـ كقوله ﷺ «**مَنْ قَتَلَ قتيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ**»[1] فهذا حكم اقتضته الظروف، والمصلحة القائمة آنذاك.

أو بعبارة أخرى، ليس تشريعاً عاماً.

ومن مثل الخطط العسكرية التي وضعها الرسول ﷺ وترتيب المواقع الحربية، مما سبيله الخبرة والدِّراية بفنون القتال، لا الوحي[2].

ومثل ذلك تنظيم المرافق العامة للدولة، كقوله ﷺ «**مَن أحيا أرضاً مَيْتةً فهي له**»[3].

---

(١) أخرجه البخاري: ٣١٤٢، ومسلم: ٤٥٦٨، وأحمد: ٢٢٦٠٧، من حديث أبي قتادة.

(٢) المرجع السابق.

(٣) أخرجه الترمذي: ١٣٧٩، والنسائي في «الكبرى»: ٥٧٥٧، وأحمد: ١٤٦٣٦، من حديث جابر بن عبد الله، وإسناده صحيح.

اختلف في كونه تدبيراً مصلحياً سياسياً، فيفتقر إلى الإذن المسبق من رئيس الدولة، أو هو تشريع عام وتبليغ محض، فلا يفتقر إلى ذلك.

٣ ـ ما صدر عنه ﷺ بوصفه بشراً عاديّاً لا بوصف كونه رسولاً.

فذلك ما تقضي به الجِبلَّة والفِطرةُ الآدمية، كطريقة اللِّباس، وتهيئة الطعام، وبعض التقاليد، مما لا صلة له بالتشريع.

٤ ـ ما صدر عنه ﷺ بوصفه قاضِيّاً، فيجب تقديم دعوى قبل إصدار الحكم فيه، كما في فرض النفقات وتقديرها، ويجب في القضاء مراعاة الظروف والأحوال، كما في الإفتاء، على ما قدّمنا.

وجملة القول في ذلك، أن ما جاء به النبي ﷺ بياناً لعقيدة، أو تفصيلاً لعبادة، أو توجيهاً إلى قربة، أو إرشاداً إلى خُلُق، أو أمراً بمعروف، أو نهياً عن منكر، أو تنظيماً لمعاملة، أو درءاً لضرر، أو تحذيراً من سوء، يجب اتباعه، لأنه من السنة التشريعية، وما عدا ذلك، وقع الاختلاف في تكييفه.

الاحتكام على علم «مقاصد الشريعة» يقضي على كثير من أسباب الاختلاف، ويفصِّل في مناشئه.

هذا، وعلم «مقاصد الشريعة» علم مستقل عن علم أصول الفقه.

ونكتفي بهذا القدر حتى لا يجاوز هذا البحث عدد الصفحات المقررة له بمقتضى الأنظمة الجامعية[١].



(١) كان من المفروض أن نتناول هذه الأسباب بقدر من التفصيل، ولكن لا يتسع المقام لذلك، لما ذكرنا راجع «أسباب اختلاف الفقهاء» للشيخ علي الخفيف وللدكتور عبد الله بن تركي.

منهج البحث
في أهم أسباب اختلاف الفقهاء

أ ـ المقدمة

ب ـ منهج القرآن الكريم في تقريره للأحكام ـ بما هو جارٍ على نحو كُليٍّ غالباً ـ كان من أهم مناشئ اختلاف اجتهادات الفقهاء، إن لم يكن هو المنشأ الرئيسي فيه.

جـ ـ المنهج الكلي في تقرير الحكم القرآني نصّاً، يؤكّده أيضاً «الأصول المعنوية العامة» التي يمكن تأصيلها، اجتهاداً، وذلك باستقراء ما ورد فيه، وفي السنة الثابتة نصّاً من معانٍ جزئية، بحيث يغدو الأصل المعنوي العام ـ على حدِّ تعبير الإمام الشاطبي ـ كالأصل اللفظي العام، من حيث قوة الاحتجاج به، وبناء الحكم عليه، مما يفتح المجال واسعاً للاجتهاد بالرأي، في التأصيل والتفريع، على السواء، وهما مِلاك الاجتهاد وقوامه كما فصلنا في البحث السابق.

د ـ الأحكام التفصيلية الواردة نصّاً قاطعاً في القرآن الكريم، محدودة، وتتعلّق بمصالح إنسانية تفصيلية ثابتة، فكان إيرادها على خلاف المنهج القرآني العام، استبعاداً لها، عن أن تكون مجالاً للاجتهاد بالرأي، واختلاف النظر فيها، فكانت أركاناً جزئية ثابتة، كالأركان التشريعية العامة، تشكل بمجموعها «الأسس العامة الموحدة» التي تستند إليها «وحدة الأمة» بوحدة تصوُّرها للنظام الشرعي العام، لعدم تناقضها مع الكلّيات.

هـ ـ السُّنة لم تبين كثيراً من مضمون آي القرآن الكريم «توقيفاً»، وذلك ـ كما يقول الإمام الشاطبي ـ يتناوله المجتهدون باجتهادهم، فكان هذا سبباً هاماً، من

أسباب اختلاف الفقهاء، قصداً من المشرِّع أيضاً، إذ لم يكلِّف الرسول ﷺ ببيانها، ولو كُلِّف لَصَدَعَ بأمر ربه، فثبت أن اختلاف وجهات نظر الفقهاء، فيما فيه مجال للاجتهاد، وفيما لم تُبيِّنه السُّنة، كان أمراً مقصوداً من المشرع نفسه، تيسيراً على الناس في تدبير أصول معايشهم، ومن ثَمَّ لا يجوز اتخاذُه سبباً، أو مرتكزاً، للتعصب، والانشقاق، لأن هذا محرَّمٌ بقواطع الدين، لما يُفضي إلى تحطيم وحدة المسلمين.

و ـ القرآن الكريم ـ في طبيعة نَظمه البليغ المعجز ـ ذو وجوه في المعاني، مما يتعيَّن على المجتهدين بالرأي، استقصاؤها، وإعمال الرأي في ترجيح ما يناسب مصالح الناس في كل زمن، من تلك المعاني، أو الأحكام المُحْتَملة، وهذا سبب من أسباب اختلاف الفقهاء، لما للظروف من مَدْخَلٍ في تشكيل دليل الحكم وعلَّتِهِ، وهي متغايرة بالضرورة، فضلاً عن «كُلِّيات» القرآن الكريم، وأصوله العامةَ، كما بيّنا.

ز ـ التعليل ـ فضلاً عن التأويل ـ بما تستلزمه طبيعة النص القرآني التشريعي بوجه خاص، لكون «التعليل» ـ في الأصل ـ صرفاً عقلياً في تبيين «علة» الحكم، واستنباطها ـ وهي عنصر عقلي لا يتناوله النص التشريعي بمنطوقه غالباً، وإن كان من عناصر منطقيَّته، ومعقوليَّته، وقد التفت الشارع إليه ـ أقول: إن التعليل ـ وهو بهذه المثابة ـ سببٌ هامٌّ من أسباب اختلاف الفقهاء، لتفاوتهم في المدارك، والملكات ضرورة، بل هو أصلٌ فطري في التشريع، لأن الأصل في نصوصه التعليل، على ما هو المعتمد عند الأصوليين والفقهاء.

ح ـ تحقيق المناط ـ من أهم أسباب اختلاف الفقهاء ـ وهو ضرب من الاجتهاد بالرأي في تطبيق كُلٍّ من «القاعدة العامة» ـ تشريعية أو فقهية ـ أو «الأصل المعنوي العام» أو «العلة» المستنبطة من النص الجزائي الخاص، والمتفق على حجِّيته من كل أولئك بين المجتهدين ابتداءً، أقول: تطبيق مضامين كلٍّ أولئك على الفروع المستجدَّة والمعروضة على الاجتهاد والبحث، لتبيُّنِ ما إذا كانت تلك المضامين المتَّفق عليها متحققة فيها كَمَلاً، والمجتهد هو الذي يُثبت بالأدلة الأصولية هذا «التحقق»

و«الحصول»، وفي هذا مجالٌ للاجتهاد والاختلاف في الرأي أي مجال، على ما سنعرضُ له توضيحاً، وتأصيلاً لمنشأ الخلاف فيها ـ على سبيل المثال ـ وبيان أن لا خلاف في الأصل، وإنما الاختلاف في الاجتهاد في التطبيق، وهو أصلٌ عام من أصول الاجتهاد بالرأي، ثابتٌ بالإجماع.

ط ـ من أهم أسباب اختلاف الفقهاء أيضاً، تعارض ظواهر القرآن الكريم بعضُها مع بعض، أو تعارض ظاهر القرآن الكريم، مع الحديث، أو الأثر، أو تعارض القياس، مع الأثر، أو تعارض القياس مع ظاهر النصّ القرآني، فلا بد من اللجوء إلى التوفيق والجمع بين الأدلّة ما أمكن ـ تأويلاً ـ أو إلى الترجيح بالدليل الأقوى، على ما سيأتي توضيحه، وتفصيله، في هذا البحث.



تفصيل في أهم
أسباب اختلاف الفقهاء

إنّ الفقه الإسلامي ـ في مختلف مذاهبه ـ ثمرةٌ للاجتهاد بالرأي في استنباط الأحكام الشرعية العملية، مما فيه مجال للاجتهاد، وفي تأصيل القواعد الفقهية، باستقراء «الجزئيات» التي اشتمل عليها هذا الفقه، اجتهاداً مستقى من الكتاب والسنة، وفقه الصحابة، واجتهادات الفقهاء في الفروع، وذلك بالتزام المنهج العلمي الأصولي في الاجتهاد التشريعي القائم على قواعد اللغة، ومنطقها في البيان، وأسلوبها، وخصائصها في التعبير، وعلى مُقتضى أصول البلاغة فيها، فضلاً عن «مقاصد التشريع» في مراتبها الثلاث: الضرورية، والحاجية والتحسينية، مما لا يتّسع المقام هنا، لبسط القول فيه.

هذا، ولا بدّ من الإشارة إلى التمييز بين القواعد التشريعية، والقواعد الفقهية، ـ في هذا المقام ـ فالأولى قرَّرتها نصوصُ الشريعة نفسُها، بخلاف القواعد الفقهية، فهي مستنبطة ومصوَّغة باجتهاد الفقهاء والأصوليين[1]، وبعبارتهم.

---

(١) ينبغي التمييز بين القواعد التشريعية، وبين القواعد الفقهية. فالأولى: ما كانت ثابتة بنص تشريعي من الكتاب والسنَّة من مثل قاعدة **المسؤولية الشخصية**: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الإسراء: ١٥] و«**مبدأ الرضائية في العقود**»: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وقاعدة: «**تحريم ومنع الضرر والضرار دون وجه حق**» بقوله ﷺ: «**لا ضَرَرَ ولا ضِرارَ في الإسلام**» [أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر، وهو عند ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون زيادة «في الإسلام»]. بخلاف القواعد الفقهية، فإنها مستنبطة ومصوغة اجتهاداً بالرأي، وبعبارات الفقهاء أنفسهم، كالقاعدة الفقهية التي تنص على أن: «العبرة في العقود للمعاني، لا للألفاظ والمباني» والقاعدة التي منطوقها: «**التصرف على الرعيَّة منوطٌ بالمصلحة**» وغيرها من القواعد.
هذا، وتعتبر هذه القواعد بنوعيها من أصول العدل ومباني الإنصاف في التشريع الإسلامي وفقهه.

أما قواعد اللغة، وأساليبها في البيان، وأصول البلاغة فيها، فلأن القرآن الكريم قد اتخذ من كل أولئك أداة للتعبير عن معاني الوحي الإلهي بكافة ما تشتمل عليه هذه اللغة من أساليبَ في البيان، مصداقاً لقوله عز وجل: ﴿نَزَلَ بِهِ ٱلرُّوحُ ٱلْأَمِينُ ﴿١٩٣﴾ عَلَىٰ قَلْبِكَ لِتَكُونَ مِنَ ٱلْمُنذِرِينَ ﴿١٩٤﴾ بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُّبِينٍ﴾ [الشعراء: ١٩٣ ـ ١٩٥] واللغة فيها التعبير الظني والقطعي، وفيها الحقيقة والمجاز، وما إلى ذلك.

وتأسيساً على هذا، كان «المنطقُ اللغوي» هو الأصل المُحكَّم في التفسير القرآني، لأن دلالة القرآن الكريم على معانيه ـ في الأصل ـ «ذاتية» لقوله عز وجل: ﴿وَلَقَدْ يَسَّرْنَا ٱلْقُرْءَانَ لِلذِّكْرِ فَهَلْ مِن مُّدَّكِرٍ﴾ [القمر: ١٧]، وقوله تعالى: ﴿قُرْءَانًا عَرَبِيًّا غَيْرَ ذِى عِوَجٍ﴾ [الزمر: ٢٨]، وقوله جل شأنه: ﴿بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُّبِينٍ﴾ [الشعراء: ١٩٥]. فلا يجوز بالتالي حَمْلُ ظاهره اللغوي على غير موجَبِهِ الأصلي إلّا بدليل من المشرع نفسه، وهو ما يطلق عليه الأصوليون «**التأويل**»[1] لأن هذا منهج عقليٌّ لا بدّ أن يقوم على موجِبٍ ومسوِّغٍ، لأنه خلاف الأصل، وفي هذا مجالٌ للاجتهاد بالرأي والاختلاف فيه.

أما «**مقاصد التشريع**» في مراتبها الثلاث، من الضروريات الخمسة، وهي: حفظ «الدين، والنفس والعقل، والنسل، والمال» فلأن الشارع قد قصد تحقيقها، وصونها، وتنميتها، من خلال التشريع كلِّه ـ كلّياتٍ وجزئياتٍ ـ وكذلك الحاجياتُ، والتحسينياتُ التي تأتي في المرتبتين التاليتين للأولى، من حيث القوة الوهمية.

ويترتب على هذا، أن هذه «**المقاصد الكلية**» مفاهيم كبرى، وهي قطعية، لاتجاه التشريع كلِّه إلى تحقيقها في واقع الحياة الإنسانية، ورعايتها، وصونها، وتنميتها، وتحريم الإخلال بها، فكانت غاية التشريع كله، وهذا ما نعني به من **أصول العدل ومبانيه**.

وإذا كانت هذه هي مباني العدل، لأنها تمثل المصالح الإنسانية العليا الخالدة، بحيث لا يمكن أن يقوم أيُّ مجتمع إنساني بدونها، أو باختلال أيٍّ منها، في أي عصر وبيئة[2]، فإنها تعتبر «صُوَىً» تهدي السالك في الاجتهاد بالرأي، كيْلا يتخطّاها، أو

---

(١) راجع كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» ـ بحث: «التأويل» ص١٣١ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٢) راجع: «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢/ ٥ وما يليها).

يحيد عنها، وهو بسبيل استنباط الأحكام الاجتهادية الفرعية للوقائع التي لم يرد فيها نص، أو كان بسبيل تفسير النص إذا لم يكن قطعيّ الدلالة، لأن هذه «المقاصد» **تنعكس على معنى النص القرآني، لتُحَدِّد مرادَ الشارع منه، فضلاً عن أنها تُعتبر أساساً، أو أصلاً عاماً للاجتهاد فيما لا نصَّ فيه، لا يَخْرُجُ عنه، أو يخالف عن مقتضاه، لأنها مقصود الشرع قطعاً، وفي هذا مجالٌ واسعٌ للاجتهاد.**

وعلى هذا، فإن ظاهر النص، إذا كان يجافي المقصد العام من التشريع، وجب «تأويله» على نحوٍ يبيِّن مُراد الشارع منه، **لأن الظاهر اللغوي المتبادر، قد لا يكون مراداً للشارع، فيجب تأويله**[1] على نحو يتفق ومقاصد التشريع، **بين الجزئيّ والأصل العام، لأن التنافي لا يتصوَّر في تشريع الله ورسوله إلا كان التنافي** لقوله عزَّ شأنه: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُواْ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢] وهذا هو المراد بالاجتهاد التشريعي، ليظهر الفرق بينه، وبين التفسير اللغوي الصرف، والتأويل من أهم مناشئ الاجتهاد بالرأي.

ومن هنا، لا يتصوَّر انفصال التشريع الإسلامي، عن الاجتهاد بالرأي من أهله، **في تفهُّمه، واستبطان معانيه، واستشراف غاياته ومراميه،** باعتبار أن الأحكام الشرعية، **إنما شُرِعَت ـ في الأصل ـ** لتحقيق تلك المقاصد التي تمثل **«المصلحة والعدل»** وجملةً وتفصيلاً، ومن هنا وجب تحرِّي مراد الشارع، وتحديده، في كلِّ حكم شرعيٍّ عمليٍّ تفصيليٍّ من أحكامه، لأن المقام «بيانُ شَرْعٍ» حكماً ومقصداً.

على أن **«المقصدَ»** الشرعي من الحكم الفرعي، هو الذي يُمَثِّلُ **«حكمة التشريع»**، وهذا معنى قول الأصوليين: إن **«الأحكام مُعلَّلة بمصالح العباد»** أي مفسرةٌ، ومُغياةٌ بها.

هذا، ولا ريب، أن **«حكمة التشريع»** التي يستهدفها كلُّ حكم شرعي عمليٍّ، تفتقر ـ بحكم طبيعتها ـ **إلى الاجتهاد بالرأي،** أو إعمال العقل **في استنباطها،** باعتبارها

---

(١) التأويل هو صرف اللفظ أو الكلام عن معناه اللغوي الأصلي المتبادر، إلى معنى آخر مجازي، هو من محتملات النص، بوجه من وجوه الاحتمال اللغوي.

«عنصراً عقلياً صرفاً» في الغالب، وغير منصوص عليها، فكانت أمراً لا يتناوله منطوق النصِّ الشرعي اللغوي، وإن كان أساساً لمنطقه التشريعي، وفَرْقٌ بين منطوق النصِّ اللغوي، «الظاهر» وبين منطقهِ ومعقولهِ الشرعي، «الباطن» وفي هذا الأخير مجال للاجتهاد بالرأي أيُّ مجال، وتفسير ذلك:

أن وجهات النظر في استنباط الأحكام الفقهية، من أهم مناشئ الاختلاف فيها هو «التعليل» باعتباره عملاً عقلياً يستخلص معقول النصِّ وعلَّته التي هي ضابط «حكمة التشريع» والأمور العقلية غالباً، هي سببٌ رئيسٌ من أسباب اختلاف وجهات النظر في التفسير، والتفريع، والتأصيل.

أضف إلى ذلك سبباً آخر، هو في نظرنا أهم منشأ لاختلاف اجتهادات الفقهاء، ذلكم هو:

ب ـ منهج القرآن الكريم، في تقريره للأحكام، بما هو جارٍ على نحوٍ كلّيٍّ غالباً، كان من أهم مناشئ اختلاف اجتهادات الفقهاء، إن لم يكن هو المنشأ الرئيس فيه.

كثيرٌ من الأحكام العملية الفرعية التي اختلفتْ فيها اجتهاداتُ الفقهاء، في المذاهب الجماعية المعروفة، إنما كان ذلك، **أثراً لمنهج القرآن الكريم نفسه، في تقريره للأحكام**، إذ من المعلوم، أنه جاء على نحو كلِّي غالباً، لا جزئيٍّ، ولا تفصيليٍّ، أي يقرر **«القواعد العامة»** والأصول الكلية، في معظم أحكامه، ولا ينزل إلى التفصيلات الجزئية، كيلا يُقَيِّدَ الأجيال القادمة بأحكام فرعية، إذ من الثابت، أن الحكم الفرعي العملي الظني المتعلق بالمعاملات، والمبني على «مصلحة متغيرة» إن كان صالحاً في زمن، أو ظرف معين، قد لا يكون وافياً بحاجة الناس، إذا تغيّر الظرف، لتطور الحياة بالناس، فتتجدَّد مطالبهم وحاجاتهم ـ نتيجة لذلك ـ بالنظر إلى اختلاف ظروف معايشهم، وهذا أمر ليس في الوسع إنكاره، أو تجاهله، بل قد يَغْدو ذلك الحكم الفرعي المُجتَهد فيه، منافياً لما تقتضيه مصلحة الناس في عصر، أو بيئة معينة، فتبيَّن بجلاء ـ فيما نحسب ـ سِرّ «الحكمة الإلهية» في صياغة هذا التشريع الإلهي العظيم، في صورة قواعد كلية، وأصول عامة، ليتمكن المجتهدون من استمداد

ما يناسب عصرهم، وبيئاتهم، من نُظُم وأحكام، من تلك القواعد بمفاهيمها العامة، أي تُشْتَق منها نُظمٌ فرعية، بحيث لا تخرج عن مضمون تلك القواعد، وتكون مناسبةً للظروف الراهنة في كل عصر وبيئة، وتفي بمطالبها المتجدِّدة. من أجل ذلك، اتخذ القرآن الكريم ذلك «المنهج الكلي» في تقريره للأحكام، غالباً، ضماناً لديمومة حكمه، في تناوله للجزئيات، دلالةً ومضموناً، مهما تكاثرت وتجدَّدت، وذلك آية كمالِه، وخلوده[(١)]!!

ج ـ المنهج الكلِّي في تقرير الحكم القرآني نصاً، يؤكده أيضاً «الأصول المعنوية العامة» التي يمكن تأصيلها، باستقراء ما ورد فيه، وفي السنة الصحيحة أيضاً، من معانٍ جزئية، اجتهاداً، بحيث يغدو «الأصل المعنوي العام، من حيث قوة الاحتجاج به، وبناءُ الحكم عليه، مما يفتح المجال واسعاً للاجتهاد بالرأي، وفي التأصيل والتفريع، على السواء، وهما ملاك الاجتهاد وقوامه، أو بالأحرى، مما يفتح المجال واسعاً للاختلاف في الرأي. يقول الإمام الشاطبي[(٢)] في هذا المعنى، ما نصُّه: «إنَّ المجتهدَ إذا استقرى معنىً عاماً من أدلة خاصة، وأفرَدَ له ذلك المعنى، لم يفتقر بعد ذلك، إلى دليل خاص على خصوص نازلة تَعِنّ[(٣)]، بل يُحكَمُ عليها ـ وإن كانت خاصة ـ بالدخول تحت عموم المعنى المُسْتقرى، من غير اعتبار بقياس، أو غيره، إذ صار المستقرى من عموم المعنى، كالمنصوص بصيغة عامة، فكيف يُحتاج مع ذلك، إلى صيغة خاصة بمطلوبه»[(٤)].

هذه الأصول التشريعية المعنوية العامة، مستنبطة بالاجتهاد الأصولي من أهله، عن طريق استقراء معانٍ جزئية فرعية، كثيرة، بل لا تُحصى كثرةً، فكانت أصولاً قطعية يشهد لها بالاعتبار تلك الجزئيات من الأدلّة المستقرأة، ويتضمّن كل جزئيٍّ منها،

(١) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٣/ ٣٠٤).

(٢) المرجع السابق، وانظر كتابنا: «الفقه المقارن»، بحث تحقيق المناط (١/ ١١٣ وما يليها والهوامش).

(٣) تخطر، أو تطرأ.

(٤) وراجع في هذا المعنى كتابنا: «أصول التشريع الإسلامي، ومناهج الاجتهاد بالرأي» ص١٤، مطبعة دار الكتاب.

معنى الأصل العام كَمَلاً، فغدا الأصل المعنوي العام، كالأصل اللفظي العام، من حيث قوة الاحتجاج به، في كلِّ ما يتفرع عنه، أو يندرج تحته، من جزئيات لا تحصى[١]، وقد فصّلنا هذا الأصل الكليّ المهم في البحث السابق.

د ـ الأحكام التفصيلية الواردة نصاً قاطعاً في القرآن الكريم محدودةً، وتتعلّق بها مصالح إنسانية تفصيلية ثابتة، فكان إيرادُها على خلاف الأصل من الكلّي، استبعاداً لها عن أن تكون مجالاً للاجتهاد بالرأي، واختلاف النظر الفقهي فيها، فكانت أركاناً جزئية ثابتة كالأركان التشريعية العامة، تشكل بمجموعها، «الأسس العامة الموحدة» التي هي أساس النظام الشرعي العام للأمة، على ما بيّنا في البحث الآنف.

على أن القرآن الكريم ـ على الرغم من أنه اتّخذ منهجاً كليّاً في تقريره للأحكام ـ كما بيّنا ـ **قد وردت فيه أحكام تفصيلية محدودة**، وعند إمعان النظر في متعلّقاتها، وموضوعاتها، وما ترمي إليه من مصالح، يُرى أنها تتعلّق **بمصالحَ إنسانية ثابتة لا تتغير، أبدَ الدهر**، فاتجهت إرادةُ المشرع إلى تفصيلها، استبعاداً لها عن أن تكون مجالاً للاجتهاد بالرأي، أو موطناً لاختلاف وجهات النظر في تحديد أحكامها، ضماناً لثباتها، وصوناً للمصالح التي ترمي إليها، أن يعتريها تبديلٌ أو تغيير.

وأيضاً، هذه الأحكام التفصيلية المحدودة الواردة في القرآن الكريم على خلاف منهجِهِ الأصلي في تقريره للأحكام، من كونه منهجاً **«كلّياً»** قد جاءت تلك الأحكام التفصيلية **«تطبيقاً لقواعده العامة» وأحكامه الكلّية، ومقاصده الأساسية** ، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «تعريف القرآن بالأحكام الشرعية، أكثره كُلّي، لا جزئيّ، وحيث جاء **جزئياً فمآخذُهُ على الكلّية**»[٢]، أي تطبيقاً للكليات.

وإنما قلنا، إن ما ورد في القرآن الكريم من أحكام جزئية، **فهو تطبيق للأصول الكلّية فيه**، لا يعدوها، ذلك، لأن تلك **«الكليات» هي «أصول العدل والإنصاف»** فكانت لذلك أصولاً محكَمَةً، لا تقبل التبديل. ﴿لَا تَبْدِيلَ لِكَلِمَٰتِ ٱللَّهِ ذَٰلِكَ هُوَ ٱلْفَوْزُ

(١) المرجع السابق.

(٢) «الموافقات» للشاطبي: (٣/ ٣٦٦ وما يليها).

ٱلۡعَظِيمُ﴾ [يونس: ٦٤] ولو فُرض تبديلها، لانقلب العدل ظلماً، والمصلحة مفسدة، والهدى غيّاً وضلالاً، لانقلاب المفاهيم، وهذا لا يتصوّر في تشريع الله ورسوله، بداهةً.

لذا، كانت تلك الأحكام القاطعة الجزئية التفصيلية المحدودة الواردة في القرآن الكريم على خلاف منهجه المعهود في تعريفه للأحكام، كانت ـ في حد ذاتها ـ «أركاناً» في التشريع الإسلامي، وأسساً، شأنها شأن أصوله العامة، سواء بسواء، ما دامت تستند إلى مباني العدل والإنصاف فيه.

ويترتب على هذا، أمرٌ في غاية الأهمية والخطورة، وهو أن هذه الأحكام القرآنية الجزئية القاطعة التي تعتبر تطبيقاً لأصوله الكلية المُحْكمة، لا يطبق عليها، مبدأ **«تغير الأحكام بتغير الأزمان»** إذ ليس لعاملِ الزمن مَدْخلٌ في تغيير المصالح الإنسانية الثابتة التي ترمي إليها، وإذا أدركنا أن هذه الأحكام تتعلّق بنظام الأسرة، وقواعد الإرث، والعقوبات النَّصّية على الجرائم الكبرى في المجتمع الإنساني، كما تتعلّق بأمّهات الفضائل، أمكن أن نتصور ما يلحق هذه «النظم الأساسية» والقيم الإنسانية من الاختلال، وتضييع ما يتعلّق بها من المصالح الحقيقية، من جراء تطبيق مبدأ **«تغير الأحكام بتغير الأزمان»** لما أسلفنا، من أنه **مبدأ يتعلق بالأحكام التفصيلية الفروعية الاجتهادية التي تستند إلى مصالح متغيرة.**

وعلى هذا، **فإن الأحكام التفصيلية المحدودة**، التي وردت في القرآن الكريم، والمستندة إلى **أصول كلية، ومقاصد أساسية**، تكوّن مع أصول القرآن الكبرى، ومفاهيمه العامة، وأصوله اللفظية والمعنوية، تكوّن كلُّها **«الوحدة التشريعية»** التي لا يجوز للاجتهاد بالرأي أن يتخطاها، **أصولاً وفروعاً**، لما قدمنا، من أنها تمثل **«وحدة أصول النظام الشرعي العام»** في كافة مجالاته: **السياسية والاجتماعية والاقتصادية، فضلاً عن العقائدية، والعبادية، وأصول النظام الأخلاقي فيه**، وهذه هي التي استقرّت في نطاق المذاهب كافة، وعلى السواء، فالأصول العامة، والقواعد الكلية التي هي قوام موجِّهات العدل، ومبانيه، وكذلك ما ثبت بنص قاطع من التفصيلات التي وردت

في القرآن الكريم ـ وهي محدودة ـ كل أولئك من «**أساسيات الشريعة**» لا خلاف فيها بين علمائها، وفقهائها، مما يشكل «**الوحدة التشريعية**» في شتى مجالات الحياة ـ كما أسلفنا ـ وعليها تقوم «وحدة الأمة» في شتى أقطارها، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَٱعْتَصِمُوا۟ بِحَبْلِ ٱللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا۟﴾ [آل عمران: ١٠٣] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنَٰزَعُوا۟ فَتَفْشَلُوا۟ وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ﴾ [الأنفال: ٤٦] أي تتبدد قوتكم المادية والمعنوية التي هي مناط عزتكم، وسيادتكم.

وعلى هذا، فإن «**أسس الوحدة**» ثابتةٌ في أصول القرآن الكريم العامة، وقواطع الدين فيه، ولا يملك أحد أن يبدلها، أو يؤولها، أو يتجاوز عنها، لأنها ليست مجالاً للاجتهاد بالرأي، لثبوتها «**أساسيات**» و«**كلياتٍ**» و«**أصولاً**» بل يرجع الاجتهاد بالرأي في الفروع إليها، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي ما نصُّه: «**فالقرآن على اختصاره «جامعٌ» ولا يكون جامعاً إلّا والمجموع فيه أمورٌ «كلّيات» لأن الشريعة تمَّتْ بتمام نزوله، لقوله تعالى:** ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾ [المائدة: ٣]»[1].

هذا، ومعنى «**الكلّية**» «أنه لا يختص بشخص، ولا بحال دون حال، ولا زمان دون زمان» هذا فضلاً عن أن «**الكليّ**» يشمل «**المُجْمَلَ**» الذي لا يمكن تبيين أركانه وشروطه، وموانعه، إلا من قِبَلِ الشارع نفسه، لا في العبادات وحدها، بل في المعاملات أيضاً، من مثل الصلاة، والزكاة، والصيام، والحج، ومن مثل «العَقْد» و«الربا» فإن السنة ـ وإن كانت قد بينتْ ذلك، فيما يتعلّق بالمعاملات ـ لكنها لم تبينه بياناً كاملاً، وكما في «**الشروط المقترنة بالعقد**» مثلاً، وغير ذلك مما فتح مجالاً للاجتهاد بالرأي واسعاً، ومن هنا، تبدو «حاجة القرآن الكريم الماسة إلى بيان السنة» فضلاً عن الاجتهاد بالرأي فيما تركته السُنَّة دون بيان.

غير أن السنة ـ وإن كانت هي الموكول إليها ـ في الأصل ـ بيان الكتاب، بمقتضى

---

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٦٧)، وإنما ربط الإمام الشاطبي تمام الشريعة وكمالها بكلياتها لأنها هي الضابطة لشؤون الناس.

قوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤][1]، لكنها لم تبين كثيراً من مضمون القرآن الكريم توقيفاً، وهو ما نبحثه فيما يلي:

ه ـ السُّنة لم تبين كثيراً من مضمون آي القرآن الكريم، توقيفاً، وذلك ـ كما يقول الإمام الشاطبي ـ ليتناوله المجتهدون باجتهادهم، فكان هذا سبباً هاماً من أسباب اختلاف الفقهاء، قَصْداً من المشرع، إذ لم يكلِّف الرسول ﷺ ببيانها، ولو كلِّف لصَدَعَ بأمر ربه، فثبت أن اختلاف وجهات نظر الفقهاء، فيما فيه مجال للاجتهاد، وفيما لم تبيِّنه السنة، أمرٌ مقصودٌ من المشرع نفسه، تيسيراً على الناس في تدبير أصول معايشهم، ومن ثم لا يجوز اتِّخاذه سبباً، أو مرتكزاً، للتعصب، والانشقاق، لأن هذا محرم بقواطع الدين، لما يُفضي إلى تحطيم وحدة الأمة، وبيان ذلك:

أنّ القرآن الكريم ـ على الرغم من بيان السنة له ـ لا يزال كثيرٌ من آيهِ ـ كما نوّهنا ـ متروكاً لأهل الاجتهاد والبحث في كلِّ عصر، قصداً من المشرِّع[2]، ليتولَّوا بيانه، واستمداد الأحكام منه، باجتهادهم، على وجه يمكن أن يفي بمصالح الأمة، دون اعتِساف، أو تطويع، كما فصّلنا في غير هذا المقام.

يؤكد هذا، أن علماء الأصول بوجه خاص، قد قرروا، أن الرسول ﷺ لم يُبيِّنه بياناً كاملاً أو شاملاً، وفي هذا المعنى، يقول الإمام الشاطبي حيث يقيم الأدلة على ذلك ـ ما نصُّه: **«إنه لو كان القرآن الكريم، قد بُيِّن بياناً شاملاً، حتى لم يبق لأحد مجال للاجتهاد بالرأي في تَبيُّنه، للزم أن يكون الرسول ﷺ مبيناً ذلك بالتوقيف ـ أي عن طريق الوحي ـ فلا يكون لأحد فيه نظر، ولا قولٌ، والمعلوم، أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ لم يفعل ذلك، فدل على أنه لم يُكلَّف به على ذلك الوجه، بل بيّن منه، ما لا يُوصَل إلى علمه إلّا به[3]، وترك كثيراً مما يُدركه أرباب الاجتهاد باجتهادهم، فلم يلزم في جميع تفسير القرآن «التوقيف»»**.

---

(١) المرجع السابق، هامش ص٣١٦.

(٢) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٣/ ٣٦٦ وما يليها)، وص٤٢١ وما يليها.

(٣) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٣/ ٣٦٧)، ط دار المعرفة ـ بيروت.

هذا، ولا ريب أن هذا من أهم مناشئ اختلاف الفقهاء والمفسرين، في استنباط الأحكام، بوجه خاص.

و ـ القرآن الكريم ـ في طبيعة نظمه البليغ المعجز ـ ذو وجوه في المعاني بوجه عام، مما يتعيّن على المجتهدين بالرأي، استقصاؤها وإعمال الرأي في ترجيح ما يناسب مصالح الناس في كل زمن من تلك المعاني أو الأحكام المحتملة، وهذا سبب عام، مما يتعيّن على المجتهدين بالرأي، استقصاؤها وإعمال الرأي في ترجيح ما ترجّحه علّته، وهي متغايرة بالضرورة، هذا فضلاً عن «كليات» القرآن الكريم، وأصوله العامة، كما بيّنا.

إنّ القرآن الكريم نفسه ـ في طبيعة نظمه البليغ المعجز ـ ذو وجوه في المعاني، مما يستلزم الاجتهاد بالرأي من أهله لاستقصائها، وترجيح ما يتناسب والظروف الراهنة، في كل عصر على حدة، من هذه المعاني، والأحكام المحتملة، بحيث يحقق المصلحة الحقيقية المعتبرة للأمة، دون استكراه، أو اعتساف، أو تطويع قسريّ، وفي هذا المعنى، قيل في الأثر: «**إن القرآن ذو وجوه، فاحملوه على أحسن وجوهه**» أي على ما يناسب مقتضيات العصر، ويفي بمطالب الناس، وحاجاتهم، فضلاً عن مراعاة «**أعرافهم**» التي دَرَجوا على الاحتكام إليها، إذا لم يردْ بخصوصها نص محرِّمٌ مانع، ولذا كان «**الاجتهاد في التطبيق**» من مقتضيات طبيعة النص القرآني نفسه، **وفطرة نظمه المعجز**.

ز ـ التعليل ـ فضلاً عن التأويل[1] ـ بما تستلزمه طبيعة النص القرآني التشريعي بوجه خاص، ولكون التعليل ـ في الأصل ـ تصرفاً عقلياً في تبين «علة» الحكم، واستنباطها ـ وهي عنصر عقلي لا يتناوله النص بمنطوقه، وإن كان من عناصر منطقيته، ومعقوليته، وقد التفت الشارع إليه ـ أقول: إن التعليل ـ وهو بهذه المثابة ـ سبب هام من أسباب اختلاف الفقهاء، لتفاوتهم في المدارك والملكات، ضرورة، والتعليل أصلٌ

(١) راجع بحثاً مستفيضاً في «التعليل والتأويل» في كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي»، وفي كتابنا هذا: «الفقه الإسلامي المقارن» في بحث أسباب اختلاف الفقهاء (١/ ١٠١ وما يليها).

فطريٌّ في التشريع، لأن المبدأ العام المعتمَد لدى المحقِّقين من الأصوليين والفقهاء، أن نصوص التشريع، الأصل فيها التعليل، أي تبيين العلل التي بُنيت عليها الأحكام، اجتهاداً بالرأي، والعلل، هي مظانّ الحِكَمِ التشريعية التي تشكل عناصر معقوليته، وابتنائه على «المصالح» الحقيقية الجِدِّيةِ المعتبرة في كافّة مناحي الحياة الإنسانية، وتفصيل ذلك:

أنه بات من المقرَّر إجماعاً لدى المحقَقِّين من الأصوليين ـ فيما عدا الظاهرية الذين يتشبثون بحرفية النص، والوقوف عند ظاهره اللغوي دون تعليل ـ أقول: قد بات من المقرر إجماعا، أن «**الأحكام مُعلَّلة بمصالح العباد**» أو بالأحرى، **مُفسَّرةٌ ومغيّاةٌ** بتلك المصالح ـ كما أسلفنا ـ بحيث لا تجد حكماً شرعياً عملياً واحداً، دون أن يكون مقترناً تشريعُه أصلاً، بالمصلحة التي تفسر معقوليته، وتحدد «**الحكمة**» أو «**الغاية**» التي من أجلها شُرع، وإلا كان التشريع دون غايات يستهدف بلوغها وتحقيقها، من خلال تطبيق أحكامه، وهذا عَبَثٌ، أو تحكُّم وهو ما لا يُتصور في التشريع بوجه عام، فضلاً عن تشزيع الله ورسوله، فكانت تلك «**الغاية**» أو «**الحكمة التشريعية**» هي مقصود الشارع من أصل تشريع الحكم ابتداء، فكان استنباطها وتحقيقها، كاستنباط الحكم الشرعي، وتطبيقه، سواءً بسواء، من حيث الاعتبار، إن لم تكن «**الغاية**» أولى اعتباراً من الوسيلة، وسبيل ذلك هو الاجتهاد بالرأي، كما بيّنا.

هذا، ولا جَرَمَ، أنَّ «**منطقية التشريع**» ومعقوليته التي قوامها «**حكمة التشريع**» ـ وهي مقصود الشارع من أصل تشريع الحكم ـ كما أسلفنا ـ أقول: إن هذه «المعقولية» هي أساس للاجتهاد في التشريع، لسبب بسيط، هو أن «الحكمة الغائية» من النص التشريعي، **عنصرٌ عقليٌّ صرف**، فلا مناص إذن، من إعمال العقل في تبيينه، واستخلاصه ولكن بمسالك أصوليّة معروفة، مما يضمن بالتالي تكوين «**قناعة المُكلَّف**» بجدوى هذا التشريع وعدالته ـ فضلاً عن وجوب الاعتقاد بحقِّيته وتنفيذه، امتثالاً لأمر الله تعالى ـ فما دامت هذه «**المنطقية**» عنصراً عقلياً بحتاً، فإنها تستلزم حتماً وبالضرورة الاجتهاد بالرأي، فلا يُعقل ـ والحالة هذه ـ أن ينفصل التشريع الإسلامي، عن الاجتهاد بالرأي فيه، بل هو من مستلزمات طبيعته، على الدوام، وعبر العصور.

وتأسيساً على هذا، فإن مبدأ «**اعتبار المصالح في الأحكام**» ـ استنباطاً وتطبيقاً ومآلاً ـ يعتبر سبباً رئيساً من أسباب اختلاف المذاهب، لتفاوت المجتهدين في المدارك والمَلَكات، والمستوى العلمي والثقافي، على الرغم من افتراض بلوغهم رتبة الاجتهاد، وهو اختلاف ناشئ عن طبيعة التشريع نفسه ـ منهجاً ومقاصد ـ على النحو الذي بيّنا.

وإذا كانت طبيعة التشريع الإسلامي قد جَمعت بين «**منطقية**» الأحكام وعدالتها، من جهة، وبين «**قناعة المكلَّف**» ثمرةً لذلك، من جهة أخرى ـ وهما الأساس المكين لكلِّ تشريع صالح، مهما امتدَّ بالناس الزمن، واختلفت البيئات ـ فاختلاف المذاهب الفقهية إذن، هو اختلاف في الاجتهاد بالرأي في الفروع الذي هو أثرٌ حتميٌّ من آثار منهج القرآن الكريم في تقريره للأحكام، تارةً، ولكون أحكامه العملية، معلَّلَةً بمصالح العباد إجماعاً على التحقيق، طوراً، ولفتح القرآن الكريم نفسه الباب على مصراعيه للاجتهاد بالرأي فيما تركه الرسول نفسُه ﷺ دون بيان، إذ لم يكلفه المشرع نفسُه بذلك، قصداً، ليفسره المجتهدون باجتهادهم، فضلاً عن طبيعة اللغة العربية نفسها، وخصائصها في البيان آخر الأمر.

ح ـ تحقيق المناط ـ من أهم أسباب اختلاف الفقهاء ـ وهو ضرب من الاجتهاد بالرأي في تطبيق كلٍّ من القاعدة العامة ـ تشريعية كانت أم فقهية ـ أو الأصل المعنوي العام، أو «العلة» المستنبطة من النصِّ الجزئيِّ الخاصِّ، والمتفق على حجِّية كل أولئك بين الأئمة والمجتهدين ابتداءً، أقول: تطبيق مضامين كل أولئك على الفروع المستجدة والمعروضة على الاجتهاد والبحث، لِتَبيُّن ما إذا كان يتحقَّقُ معناها فيها كَمَلاً، والمجتهد هو الذي يُثبت هذا التحقق والحصول بالأدلة الأصولية، ثمرةً للبحث العلمي المتعمق، وفي هذا مجال للاختلاف أي مجال، والأمثلة على ذلك كثيرة ومتنوعة، وسنعرض له توضيحاً وتأصيلاً، وسيتبدَّى لنا أنه لا خلاف في الأصل وإنما الخلاف في التطبيق على الوقائع، وهو اجتهاد مستمر أبداً إلى يوم القيامة، ـ على حدِّ تعبير

المحقِّقين من الأصوليين ـ و«تحقيق المناط» أصل عام من أصول الاجتهاد بالرأي ثابت بالإجماع[١]. وتفصيل ذلك كما قدّمنا في مقامه:

يقول الإمام الشاطبي، في هذا الأصل، ما نصُّه: «الاجتهاد على ضربين»:

أحدهما: لا يمكن أن ينقطع، حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك إلى قيام الساعة.

الثاني: يمكن أن ينقطع.

فأما الأول: فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط، وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله[٢].

هذا، ومن قَبْلِ الإمام الشاطبي بمئتي عام[٣]، تقريباً، يقرر ابن رشد، هذا المعنى في كتابه: «بداية المجتهد» في باب الصيد ـ على سبيل المثال ـ حيث يقول ما نصه: «وربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط، ويختلفون في وجودها (تحقُّقِها) في نازلة»[٤] أي في الوقائع المتجددة والمعروضة للبحث والاجتهاد، لِتَبيُّن حُكمها، ومثال ذلك: «اتفاق المالكية على أن من شرْطِ «الفعل» الإرسالُ للاصطياد[٥]، أن يكون مبدؤه من الصائد، واختلافهم، إذا أفلت الجارِح من يده، أو خرج بنفسه، ثم أغراه، هل يجوز ذلك الصيد أم لا؟ لتردُّد هذه الحال بين أين يوجد (يتحقق فيها هذا الشرط) أو لا يوجد».

---

(١) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٤/ ٨٧ وما يليها)، وراجع بحثاً مستفيضاً لنا في كتابنا هذا «الفقه المقارن بين المذاهب»: (١/ ٢٥ وما يليها).
هذا وممّا يؤكد حُجيَّة هذا الأصل، أن الحكم على العام، هو حكم على جزئياته، وأن «العلة» تستوجب ما بني عليها من حكم في كافة مظانِّها.

(٢) (٢/ ٨٧ وما يليها) من كتابه «الموافقات في أصول الشريعة».

(٣) توفي الإمام الشاطبي سنة ٧٩٥هـ، وأما ابن رشد فقد توفي سنة ٥٩٥هـ.

(٤) «بداية المجتهد»: (١/ ٤٥٨ ـ ٤٥٩).

(٥) الاصطياد، من إرسال الجارح المعلَّم، أو الرمي بالسهم.

أما اتفاق المالكية، فذلك في «**أصل الشرط**» وهو أن يكون مبدأ الفعل ـ من إرسال الجارح، أو رمي السهم ـ من الصائد، حتى يُنسب الاصطياد إليه لا إلى الجارح المعلَّم، ولا إلى الآلة الجامدة الحادّة، وإنما اختلفوا في الحالات والوقائع المفترضة والمعروضة للبحث، والتي أشار إليها ابن رشد في قوله:

«واختلافهم فيما إذا أفلت الجارح من يده، أو خرج بنفسه، ثم أغراه، هل يجوز ذلك؟ بمعنى هل وجد وتحقق أصل الشرط في هذه الحال، فيحلُّ المصيد، أو لم يتحقق الشرط، فلا يحلُّ، فالاختلاف إذن ـ كما ترى ـ في تحقيق مناط أصل الشرط في النوازل، والوقائع، **وليس الاختلاف في أصل الشرط، لأنه متفق عليه، كما هو أصل المسألة**».

هذا، والإمامية، على أن هذا الشرط غيرُ متحقّقٍ في هذه الحال، مصيراً منهم، إلى أن خروج الجارح بنفسه تلقائياً، لا يُعتبر «**إرسالاً**» من الصائد، وعليه، فلا يعتبر الاصطياد منسوباً إليه، وهو خلاف ما اشترطته السنة، من قوله ﷺ: «**إذا أرسلت كلبك**»[١]، فمناط الإرسال لم يوجد ولم يتحقَّق.

وكذلك، إذا أفلت الجارح من يد الصائد، لم يكن مبدأ الفعل منه، على ما هو أصل الشرط، فلم يتحقَّق شرطُ «حِلِّيَّة» المصيد في هذه الحال، إذ الشيء لا يوجد بدون شرطه المتوقف عليه، بداهةً، وبالتالي لا يُنسب الاصطياد إلى الصائد، ولو أغراه بعد الإفلات، وازداد نشاط الجارح المُعلَّم، لأن «مبدأ الفعل» من الصائد ـ وهو أصل الشرط ـ أي الإرسال ـ لم يتحقق، وهو رأي الإمامية أيضاً، إذ جاء في «اللّمعة الدمشقية»، ما نصُّه: «وأن يرسله (الصائد) للاصطياد، فلو «استرسل» من نفسه... لم يحلَّ، وإن زاده إغراءً»[٢].

---

(١) أخرجه البخاري: ١٧٥، ومسلم: ٤٩٧٤، وأحمد: ١٨٢٤٥، من حديث عدي بن حاتم.

(٢) «اللمعة الدمشقية (مع شرحها) الروضة البهية» للعاملي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.

ومن المعلوم أن الإرسال من الصائد للجارح المعلَّم غير استرساله تلقائياً، فانخرم الشرط فلا يحلُّ.

على أن هذا الخلاف قديم، حيث ذهب عطاء بن أبي رباح، وكذلك الأوزاعي، إلى أن معنى «**الإرسال**» يتحقق من «**دلالة الحال**» ولو لم يرسله الصائد فعلاً، إذ بمجرد إخراج الصائد الجارح للصيد، يُعد «إرسالاً» معنىً ودلالةً، ودلالةُ الفعل كالفعل نفسه، معنى، والعبرة للمعنى، فتحقق مناط «**الإرسال**» بالإخراج للصيد، لأن الإخراج يقوم مقام «الإرسال» من حيث الدلالة والقصد، وبالإخراج يتحقَّق الشرط، فكذا هذا، فيحلُّ[١] أو بعبارة أخرى: **الإخراج يُجْزِئ عن الإرسال**.

وهكذا نرى، أن منشأ الخلاف هو «**تحقيق المناط**» فمن رأى أن «**مناط الإرسال**» لا يتحقَّق بالإغراء، ولا بالإخراج، فلا يُجزِئ أيٌّ منهما عن الإرسال، بل لا بدّ من وجود حقيقة الإرسال، صورةً ومعنىً، قال «لا يَحِلّ» أكلُ المصيد، ومن رأى أن «**الإرسال**» يتحقّق معناه بدلالة الحال، وهو الإخراج للصيد، قال الإخراج يُجزئ عن الإرسال، فيحلُّ الصيد، فليس الخلاف في أصل الشرط، وهو الإرسال ـ كما ترى ـ بل في تحقيق معناه في الحالات والوقائع كما رأيت، وفي هذا مجال للاجتهاد بالرأي، ما فيه!!!

هذا، وضرب لنا الإمام ابن رشد، مثالاً آخر توضيحياً، «**لتحقيق المناط**» وذلك أن من شرط حِلِّ الصيد، أنه إذا أدركه الصائد غير منفوذ المقاتِل ـ أي لا يزال حياً ـ أن يُذَكّى، إذا قَدَرَ عليه، قبل أن يموت، لأن الصيد إذا أضحى «مَقْدوراً عليه» بالجرح أو الإِصابة أو الأخذ من قِبل الجارح المعلَّم، لا يحلُّ إلّا بالذكاة الشرعية التي هي الأصل، وهذا شرط «متفق عليه» غير أنهم اختلفوا في وجود هذا الشرط، وتحققه في الوقائع والحالات.

ومن ذلك: «**تخليص المصيد حيّاً، فيموت في يده، قبل أن يتمكَّن من ذكاته**»[٢].

فالإمام أبو حنيفة، منع هذا، وقال: إنّه لا يحلُّ، بينما أجازه الإمام مالك[٣].

---

(١) «تفسير القرطبي»: (٦/ ٦٨).

(٢) «بداية المجتهد»: (١/ ٤٥٨ ـ ٤٥٩).

(٣) المرجع السابق.

وسبب الاختلاف، هو «**تحقيق المناط**» لتردُّدِ الحال بين أن يُعتبر «**منفوذَ المقاتل**» أي ميتاً بالاصطياد نفسه، فيحلُّ، أو أن الصائد أدركه غير منفوذ المقاتل، فكان عليه أن يذبحه في موضع الذبح، أي بالذكاة الشرعية، ولكنه قصَّر في ذلك، فيعتبر «**مفرطاً**» حتى مات في يده، لا بالاصطياد، فلا يحل[١].

ولو أنك أمعنت النظر في أصل الشرط، المتفق عليه، لألفيته كما يقول الأئمة، أن يكون موت الحيوان مستنداً إلى جَرْحه، وعَقْره، من قبل الجارح المعلَّم، أو السهم المرمي به[٢].

فالشرط «متفق عليه» وإنما الخلاف في «تحقيق مناطه» في الجزئيات.

حتى إذا اتّسع الوقت لذبحه إذا وجده حيّاً، ولم يفعل، كان مقتصِّراً، فلا يحلُّ المصيد، لأنه ميتة، وإن لم يتّسع الوقت لذبحه، ومات، كان ذلك بفعل الجارح، فيحلُّ، لأنه لم يكن مقصراً[٣].

وكذلك، شرط «عدم القدرة» على الحيوان المتوحش، «متفق عليه» فإذا تحقق، كانت ذكاتُهُ بالعَقْر، لا بالذبح، فهل يتحقّق هذا الشرط في الحيوان «النادّ» لأنه أصبح بتمرُّده غير مقدور عليه، فيحلُّ بالصيد، ولو كان مستأنساً بطبعه، كالبعير والشاة؟

فترى الإمام الكاساني يُفَرِّق بين حالين بالنسبة إلى المستأنس، من أن يكون في الصحراء، أو في المصر (المدينة) ففي الحالة الأولى، يعتبر «غير مقدور عليه» فيحلُّ بالصيد والعَقْر، أي بالجرح في أي موضع من جسده، كما قدّمنا، بشرط أن يُسيل دمه، ويموت منه، فيقوم الجرح مقام الذكاة الشرعية، لعدم القدرة عليه، أو تعذُّر أخذه.

أما في الحالة الثانية ـ وهي ما إذا ندَّت الشاة في المصر (المدينة) مثلاً، لم يَجُز عَقْرُها، لأنه يمكن أخذُها، إذ هي لا تدفع عن نفسها، فكان الذبح مقدوراً عليه، فلم

(١) المرجع السابق.
(٢) «البدائع»: (٥/ ٤٣ وما يليها).
(٣) المرجع السابق.

يتحقّق مناط العَقْر في هذه الحال، وهو شرط عدم القدرة عليه، أو تعذّر أخذه، فلا يحلُّ لذلك، لأن «العَقْرَ خَلَفٌ عن الذَّبح، والقدرة على الأصل، تمنعُ المصيرَ إلى الخَلَف»[١].

هذا، ويقاس على ذلك، الحيوان «**الصائل**» أو «**الواقع في البئر**» أو نحوه، هل يعتبر مقدوراً عليه، فلا يحل إلّا بالذكاة الشرعية في موضعها من الحَلْق أو اللبَّة[٢]، ذبحاً أو نحراً، حسب الحال، أو يُعتبر غيرَ مقدورٍ عليه، فيحلّ حينئذ بالعَقْر، بجرحه في أي موضوع من جسمه، كما أسلفنا.

فمنشأ الخلاف ـ كما ترى ـ «**تحقيق المناط**».

وقصارى القول، أنه إذا كان تعدُّد المذاهب الفقهية أمراً حتمياً، بما هو أثر لطبيعة التشريع الإسلامي، ولمنهج القرآن الكريم نفسه في بيانه للأحكام، ولترك قسم من آي القرآن الكريم دون بيان من الرسول ﷺ ودون «**توقيف**» من الشارع، وهو أمر مقصود من المُشرِّع، لحكمة بالغة، هي التوسعة على العباد، وتحقيق مصالحهم المتغيِّرة عبر العصور، وليتولّى ذلك المجتهدون باجتهادهم، ليستنبطوا ما يلائم مصالحهم في كل عصر، دون خروج عن قواعد الشريعة، ومقاصدها، وإقامة الدليل على كمال الشريعة، وتمامها وصلاحيتها لكل زمان ومكان، هذا فضلاً عن أن من طبيعة التشريع الإسلامي «التعليل» أي تبيين علل الأحكام المستهدفة من أصل تشريعها، وهي عناصر عقلية تستلزم الاجتهاد بالرأي، فلا بدّ أن يقع الاختلاف في وجهات النظر، في كل أمر مجالُه العقل، ما دام لم يردْ فيه نصٌّ قاطعٌ، وكذلك «**التأويل**» الذي هو في أصله منهج عقلي يتعلق بالمعاني لا بالألفاظ، ينسِّق بينها على ما بيّنا فيما سبق من الأمثلة التوضيحية ليرفع «**التعارض**» الظاهري بين ظاهر النصِّ القرآني العام، وبين الحديث،

(١) «البدائع» للإمام الكاساني: (٥/ ٤٣).

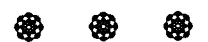
(٢) الحلق: أعلى العنق، واللبة: أسفل العنق، في الوهدة، وفي هذا المعنى يقول الإمام الكاساني في الحيوان الصائل: «فجعل الصياد منه، كندِّه، لأنه يعجز عن أخذه، فيعجز عن نحره، فيقام الجرح فيه، مقام النحر، كما في «الصيد»، «البدائع»: (٥/ ٤٣).

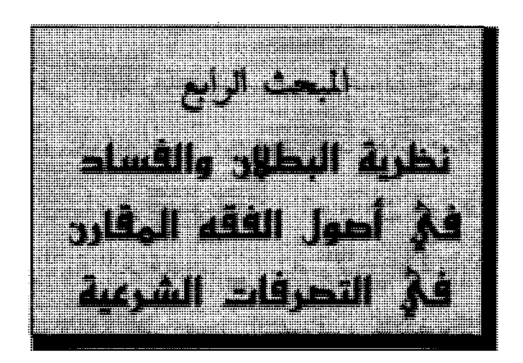
أو الأثر، أو القياس، مما يكون سبباً هاماً من أسباب اختلاف الفقهاء، ولا يتّسعُ المقام لتفصيل القول في ذلك. أقول: إذا كان نشوء المذاهب الفقهية الإسلامية ـ كما نوّهنا ـ أمراً حتمياً لا اعتباطياً، ولا مظهراً للتعصب، أو الارتجال، أو ولعاً بحب التفرد، ومجرد المخالفة، بل يرتدُّ هذا الاختلاف ـ كما رأيت ـ إلى الأسباب الحقيقية العلمية التي بيّنا، فإنّا نضيف إلى ذلك، مبدأ «**تحقيق المناط**» الذي أجمع عليه العلماء اجتهاداً بالرأي في التطبيق الدقيق، تحرياً مخلصاً، وبحثاً موضوعياً، لتبيُّن حكم الله تعالى في الوقائع المتجدِّدة، وكثيرٌ من أسباب الخلاف ترجع إلى هذا الأصل.

على أن مبدأ «**تحقيق المناط**» الثابت بإجماع الأصوليين والفقهاء ـ وهو مقتضىً للتشريع نفسه ـ لا يقلُّ عن الاجتهاد بالرأي فيه، خطراً وأثراً، عن الاجتهاد بالرأي في الاستنباط، كما نوّهنا، إذ تتعلّق بالتطبيق العملي ثمرات التشريع الإسلامي كلِّه، بل ومقصد الشارع من إنزال الشريعة، لتدبير الحياة الإنسانية على وجه الأرض، وإلّا فاستنباط الأحكام نظرياً لا يُغني عن تطبيقها عملياً، واجتناء ثمراتها في مواقع الوجود!

وأيضاً هناك مذاهبُ فقهيةٌ أخرى ذات شأن كبير في التفكير الإسلامي، ولكن لم نظفرْ بها للأسف، لعدم الاعتناء بها، والعمل على حفظها، وتناولها بالبحث، تعصُّباً، من مثل مذهب الإمام الطبري في الفقه، ومذهب الأوزاعي، ومذهب الإمام الليث بن سعد، وغيرُ ذلك كثيرٌ، وهذا دليل بيِّن على أن التشريع الإسلامي، كتاباً وسنةً، بحرٌ عبابٌ زاخرٌ لا ساحلَ له، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿قُل لَّوْ كَانَ ٱلْبَحْرُ مِدَادًا لِّكَلِمَٰتِ رَبِّي لَنَفِدَ ٱلْبَحْرُ قَبْلَ أَن تَنفَدَ كَلِمَٰتُ رَبِّي وَلَوْ جِئْنَا بِمِثْلِهِۦ مَدَدًا﴾ [الكهف: ١٠٩].

فوَضَح ـ بما لا يدع مجالاً للشك ـ أن اطِّراح أي مذهب من المذاهب الفقهية، يعتبر عدواناً على «حق العلم» في شرع الله ورسوله، فضلاً عما يورِث من التشتُّت، والتنازع، والشقاق، والتعصب المقيت، وهذا محرم قطعاً، بل هو «موقف من مواقف الإثم الكبرى» لكونه مضاداً لقصد الشارع من إنزال الشريعة كلها، جملة وتفصيلاً والله ولي التوفيق.





مقدمة في أهمية نظرية البطلان والفساد:

من المقرر شرعاً، أن أداء المكلف للمشروعات ـ في أدنى درجاتها من المشروعية إلى أعلاها، إباحةً أو ندباً أو فرضاً ـ ينبغي ـ لتترتب عليها آثارها المقصودة منها ـ أن يكون على نحو يُحقِّق وضعها الذي رسمه الشارع لها، بأن تقع مستوفية أركانها وشرائطها.

حتى البواعث والقُصود التي تنطوي عليها نفوس المكلَّفين إبان أدائهم أو مباشرتهم للمشروعات، من عبادات أو معاملات، ينبغي أن تكون متفقة مع قصد الشارع من تشريعها، حتى لا يتنكَّب المكلَّف الغايةَ النوعيَّة التي توخاها الشارع في كل تصرف على حدة، تلك الغاية التي شُرِع التصرف من أجلها، لتتم الموافقة ظاهراً وباطناً[١]، وإلّا كانت المخالفة أو المناقضة بسبب ما ينجُم عنها من خَلَلٍ في التصرف، يجعله على غير وضع المشروعات.

هذا، ومواقع المخالفة التي ينجم عنها الخللُ في كيان التصرف الشرعي، ذاتاً أو جزءاً، أو وصفاً قائماً فيه، لازماً له، أو متّصلاً بِهِ مجاورةً، هي عللُ النواهي وأسبابها.

(١) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢/ ٣٨٥).

وأما اتّصال الوصف مجاورةً، فذلك بسبب جمع المكلَّف بين التصرف المشروع والمجاور غير المشروع.

إذن مواقع الخلل في التصرفات الشرعية ـ عبادةً أو معاملةً ـ من فوات ركن، كانعدام صيغة العقد، أو فقدانه جُزءاً من أجزائه، كعدم صلاحية محلّه لقبول حُكمه وأثره الذي جُعل العقدُ وسيلةً إليه، أو تخلف شرط من شروط ركنه، مما يتوقف عليه وجود الركن، كعدم ولاية العاقد على التصرف، لفقدانه الأهلية[١]، كالصبي والمجنون، أو انعدام الولاية، على محلِّ التصرف، كالفضولي الذي يتصرف في مِلْك الغير دون إذن أو ولاية مما هو جوهريٌّ في التصرف، أو خلُوِّ التصرف من شرط تتوقف عليه صحته شرعاً، وليس داخلاً في تكوينه، أو اقترانِ العقد بشرط ينافي مقتضاه حتى يصبح وصفاً لازماً بالشرط وقائماً فيه[٢]، أو لكون موقع النهي ظرفاً زمانياً أو مكانياً يتصل بالتصرف مجاورةً دون أن يقوم به وصفاً متصلاً لازماً، بحيث لا ينجم من المخالفة مساسٌ بالكيان الذاتي للتصرف أركاناً وأوصافاً متصلةً لازمةً قائمةً فيه، ولا الغاية النوعية التي من أجلها شرع.

وإنما كان نهي الشارع عن التصرف قصداً إلى إيقاعه غير ملابس بذلك الظرف أو الحال، تحقيقاً لغاية أخرى معينة، من إزالة عوائق أداء التصرف، أو تجنيب المكلَّف أذى محققاً، أو اتقاء إيقاع الضرر بالغير، مما لا يمسُّ كيان التصرف لا ذاتاً ولا وصفاً لازماً.

أقول: مواقع الخلل هذه نتيجة لمخالفات المكلفين في إيقاعهم للتصرفات الشرعية، ومباشرتهم إيّاها، ليست سواء من حيث الأثر، لذا كانت الجزاءات على قدر المخالفة طبيعةً وأثراً.

---

(١) فقدان الأهلية هنا تجعل العاقد كأن لم يكن، والعاقد مقوّمٌ من مقوّمات العقد، بحيث لا يتصور وجود العقد بدونه، وبانعدام العاقد لا يتصور للتصرف وجود شرعي أصلاً.

(٢) كشرط الزيادة في أَحَدِ العِوَضَيْن من الأموال الربوية إذا اتحد الجنس، ولم يتحد القرار، في اجتهاد الحنفية.

فإذا كان أثر النهي في المشروعات هو الجزاء المترتب على ما تتركه المخالفةُ من خلل في التصرف، فينبغي أن يتحرّى تقديرُها مقصدَ الشارع من النهي، والغرض الذي من أجله شرع الجزاء، فليست آثار النهي في المشروعات سواء.

هذا، وقد كان مدى أثر النهي على التصرف الشرعي، مجالاً واسعاً لاجتهاد الأصوليين والفقهاء، وكان ذلك منشأ الخلاف في نظرية البطلان والفساد، وأسباب كلٍّ منهما، وأثر ذلك على التصرفات الشرعية إنشاءً وحكماً.

فالبطلان والفساد إذن من «**الجزاءات**» التي قرّرها الشارع على المخالفات التي ينتج عنها خللٌ فيما يباشره المكلفون من التصرفات الشرعية، من أجل صالحهم، في الدنيا والآخرة.

وتحرير محلِّ الخلاف على النحو التالي:

أ ـ هل النهي المطلق يوجب البطلان في المنهيِّ عنه من التصرفات الشرعية؟

ب ـ وهل النهي المقيَّد الذي قام الدليل على أن متعلَّقه بأمر خارج عن أصل التصرف الشرعي، مما يتصل به وصفاً لازماً قائماً فيه، أو متصلاً به مجاورَةً، يوجب البطلان؟.

أهمية النظرية:

تبدو أهمية هذه النظرية من ناحيتين:

أولاهما: من حيث شمولها.

الثانية: من حيث أثرها.

أ ـ أما من حيث الشمول: فإنها حاكمة على التصرفات الشرعية كلها، عبادات، ومعاملات، سواء أكانت تصرفات قوليةً أم فعليةً، مما جعل الشارعُ لكلٍّ منها أوضاعاً خاصة، ومقومات، وحقائقَ شرعية، كالأركان والشروط، ورتّب عليها آثارها المقصودة منها، دنيوياً وأخروياً.

ب ـ وأما من حيث الأثر: فتبدو أهميتها في التبصر بالحقائق الشرعية للتصرفات،

تحصيلاً لآثارها التي رتبها الشارع عليها، مما يتعلّق بمصالح المكلّفين في الدنيا، بحيث لا يستقيم أمر الحياة بدونها، لما تحفظُ من الحق، وتقيمُ من العدل، وتحقق المصلحة الحقيقية المعتبرة، أو ما يترتب على العبادة الصحيحة أيضاً من الثواب والظَّفَر بنعيم الآخرة.

هذا فضلاً عن التبصير بالوسائل التشريعية التي وضعها الشارع في يد المكلَّف والقضاء، لتلافي الخلل وتجنُّبه، خروجاً من المعصية والإثم، والظفر بالملك الحلال، أو إزالة أسباب الفساد إن أمكن، لينقلب العقدُ صحيحاً، كُلًّا أو جزءاً منتقصاً، تلافياً للخلل كما قلنا ما أمكن، وتجنباً للإثم، كلُّ ذلك في ضوء مقصد الشارع بما يوفِّق بين مقتضى **النهي** وبين **المشروعية** التي تتعلّق بها المصالح المقصودة للمكلفين.

ولا ريب أن تبيُّن ما هو صحيح شرعاً من العبادات بوجه خاص، يرشد المكلَّف إلى الأداء الصحيح الذي تَبْرأُ به ذمّتُه، ويُسقط قضاءَ العبادة عنه، في الوقت وخارجه، ويترتب عليها الثواب المرجُو من الله تعالى، أقول: لا ريب أن تبين ذلك ذو أهمية بالغة، للظفر برضائه سبحانه، إذ «**لا يُعْبد الله إلّا بما شرَع**».

وأما في المعاملات، فإن الشارع هو الذي يمنح التصرف وجودَه الاعتباري إذا نُفِّذَ على الوضع الذي شرعه، وقوة الإنشاء والإلزام التي تستلزم المشروعية من ترتب الآثار المقصودة منها أو المطلوبة والمرغوبة للمكلَّفين، على النحو الذي يحفظ مقاصدَ الشرع في الخلق، من الضروريات والحاجيات والتحسينيات، ويقيم العدل، ويحفظ الحق، ويَدْرأُ الظلمَ، والأذى، والضرَرَ، ويجنِّب التعامل أسبابَ التنازع الذي ربما يتعذَّر حَسْمُه وبذلك يستقيم أمر الحياة بشرع الله، كما أراد الله تعالى.

غير أن النهي لا يتعلّق بمواقع المخالفات في المشروعات فحسب من التصرُّفات الفعلية والقولية، كإحياء الموات، وتسليم المبيع، والعقود، والتصرف القولي الانفرادي، كالوصية والوقف، أو العبادات كالصلاة، والصوم، والزكاة، والحج، أو شروط العبادة كالوضوء.

أقول: لا يتعلّق النهي بمواقع المخالفات في المشروعات فحسب بسبب ما ينجم عنها من خلل في التصرف أصلاً أو وصفاً، ركناً أو شرطاً، بل يتعلّق كذلك **بالأفعال الحسّية**.

لذا كان لزاماً علينا قبل البحث في أثر النهي في المشروعات، أن نفرق بين الصفات الشرعية وبين الأفعال الحسية، بتحديد ضابط كلٍّ منهما، لأن مجال بحثنا الأولى لا الثانية.

التمييز بين الأفعال الحسّية والتصرفات الشرعية:

لا بد من تحديد مفهوم كل من الأمر الحسّي، والتصرف الشرعي[١]، باعتبار أن النهي المطلق[٢] يرد عليهما كليهما.

تحديد الضابط للأمر الحسّي أصولياً[٣]:

لم تتّفق كلمة الأصوليين على تحديد ضابطٍ مُوَحَّدٍ للأمر الحسي، بل اتجهوا في ذلك اتجاهاتٍ أربعة:

الاتجاه الأول:

يرى هذا الاتجاه، أن الأمر الحسّي هو: «ما لا يكون موضوعاً في الشرع حقيقة، لحكم مطلوب» أي لفاعله.

وذلك، كالسَّفَه، وشرب الخمر، والزنا، والقتل العمد العدوان، والسرقة، وما إلى ذلك من الجرائم والمعاصي.

---

(١) «كشف الأسرار على أصول البزدوي» للإمام عبد العزيز البخاري: (١/ ٢٥٦ وما يليها).

(٢) يراد بالنهي المطلق، المجرد عن القرينة الدالة على المنهي عنه قبيح لعينه، أو لغيره، أو يراد به المجرد عن القرينة الدالة على أن النهي مراد به حقيقتُهُ أو هو مصروف إلى المجاز، أي مستعمل بمعنى النفي، لأن النفي بيانُ شرع، لا طلب انتهاء، فحقيقة النهي تتطلب الكف عن الفعل حتماً على وجه الاستعلاء، وأما النفي فإخبار أنَّ الفعلَ غيرُ مشروع.

(٣) اتفق الأصوليون والفقهاء على أن النهي عن الأمر الحسّي يوجب القبح العيني الذي يستلزم عدم المشروعية أصلاً، ويرتب الشارع عليه جزاءً هو عقوبة، باعتبار أن الأمر الحسي سبب لها.

فالأمر الحسِّي قد وُضع في الشرع سبباً لحكم شرعي مترتب عليه، ولم يتصرف الشارع فيه بالجواز، كالقتل العمد العدوان، قد وُضع سبباً للقصاص، والإتلاف قد وُضِع سبباً للضمان والتعويض عن التالف، والزنا قد وُضع سبباً للحدّ، وهكذا.

غير أنَّ هذا الحكم ـ وهو المُسبَّب ـ غيرُ مطلوبٍ لفاعله، بل هو شَرٌّ عليه، وإن كان فيه نعمةٌ للمجتمع، بخلاف التصرف الشرعي، كالبيع مثلاً، فقد تصرف الشارع فيه بالجواز أساساً، ليجعله مناطاً لحكم مطلوب للمكلَّف، وهو نعمة المِلْك. هذا وقد يعرض للبيع ـ في بعض الحالات ـ عوارضُ من المخالفات تستوجب النهيّ عنه في تلك الصور من البيوع خاصةً، كبيع الغَرر، وبيع الربا، وما إلى لك، لكن البيع في الجملة وبوجه عام، وفيما خلا تلك العوارض، قد وُضِع ـ في الأصل ـ تصرفاً شرعياً يستتبِعُ حكماً هو مطلوب للمكلف[1]، ومرغوب فيه.

فالأفعال الحسِّية، من المعاصي والجرائم، وإن كانت موضوعة في الشرع أسباباً ومناطاً لأحكام وآثار هي عقوبات محضة مقررة، ليست آثارُها مقصودةً للمكلف، ولا مطلوبةً لفاعليها بداهة ـ كما قلنا ـ بخلاف التصرفات الشرعية، فإنها موضوعة في الشرع أسباباً يرتب الشارع عليها آثاراً هي مصالح مقصودة للمكلف الذي يتّخذ تلك الأسباب ويُباشرها، كالعبادات، والبيع والإجارة، والزواج، وغيرها، لأنها أسباب لِنِعَمٍ محضةٍ مطلوبةٍ ومقصودةٍ من قبل المكلَّف، بل لا يستقيم أمر الحياة إلّا بها.

فيْصَلُ التفرقة بين الأمر الحسِّي وبين التصرف الشرعي:

فيصل التفرقة إذن وضابطها، بين الأمر الحسي والتصرف الشرعي[2]، في هذا الاتجاه، أن الأول سببٌ لحكم أي أثر غير مطلوب لفاعله، بل هو نقمةٌ وضررٌ عليه، وإن كان فيه نفع للمجتمع، بخلاف الثاني، فإنه على النقيض، سبب لآثار هي نِعَمٌ محضة لفاعله، كالبيع الذي هو سبيلٌ إلى نعمة المِلْك، والإجارة التي هي وسيلة إلى

(١) «شرح المنار» ص٢٥٨، و«المرآة»: (١/ ٣٢٢) للأزميري.

(٢) المرجع السابق.

تحصيل المنفعة لمن لا يملك مصدَرَها، ولاسيما إذا كان في حاجة ماسة إليها، والنكاح الذي هو سببُ بقاءِ النوع الإنساني بالتناسل، باقتضاء الفطرة، والعبادة التي هي طريق الوصول إلى ثواب الله تعالى، وابتغاء مرضاته، فضلاً عن أنها سبيلٌ إلى صلاح أمر الفرد والمجتمع في الدنيا.

الاتجاه الثاني:

يرى هذا الاتجاه أن الأمر الحسي «**ما له وجود فعلي تدركه إحدى الحواس**»[١] كالقتل، والزنا، وشرب الخمر، والكفر، بخلاف التصرف الشرعي الذي يجمع إلى الوجود الحسي الوجود الشرعي[٢].

وفسّر «**الوجود الشرعي**» بأن ما له حقيقة معنوية شرعية معتبرة، من أركان وشروط، سواء أكان من العبادات أم المعاملات، أم التصرفات الفعلية، كتسليم المبيع وإحياء الموات وما إليها، بحكم الشارع واعتباره.

فالصلاة مثلاً ذاتُ وجود حسي، من الحركات والسكنات والقراءة والركوع والسجود، والإمساك في الصوم، والوقوف والطواف في الحج، وما إلى ذلك مما هو مشاهد أو مسموع، غير أن لها ـ إلى ذلك ـ وجوداً شرعياً اعتبارياً معنوياً، لأنها أوضاعٌ شرعيةٌ ذاتُ أركان وشروط تُؤَدَّى بالنية، وبكيفية خاصة، مما يدل على أنها قُربة وعبادة، وهذا وضع شرعي لا حسِّي مجرَّد.

ومما يقطع بكونها كذلك، أنها لو أُديِّت بكيفية أخرى، دون أن تستجمع أركانها وشرائطها، لم يكن لها وجود شرعي، أي لا يحكم الشارع بأنها معتبرة، وإن كان لها وجود حسي.

هذا، والوجود الاعتباري إنما يتم بحكم الشارع، لا بمجرّد الوقوع الفعلي، كما أشرنا.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) أي: الوجود الاعتذاري المعنوي بحكم الشارع.

وكذلك «المعاملات»، فالعقد مثلاً، ذو وجود حسي ماثل فيما يُسمع من الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما، وهما أمران وجوديان حسِّيان مسموعان، غير أن لهما ـ إلى ذلك ـ وجوداً اعتبارياً شرعياً.

ووجود العقد شرعاً معناه: حكم الشرع بارتباط الإيجاب والقبول ارتباطاً معنوياً، أي انعقاده في نظر الشرع مناطاً أو سبباً شرعياً لآثاره، ولا يحظى العقد بهذا الوجود الاعتباري الذي يحكم به الشرع، إلّا إذا استكمل ما وُضع له شرعاً من أركان وشرائط يتكون منها حقيقتُهُ الشرعية، أو معناه الاعتباري، فهو إذن وجودٌ معنويٌّ حُكْميٌّ، ويكتسب من الشارع قوةَ الإنشاء والإلزام فيما يترتب عليه من الالتزامات المتبادلة بين طرفيه[1] أو من الآثار الشرعية إن كان قولياً انفرادياً، تعود على الغير كالوصية والوقف.

وما يقال في التصرفات القولية ـ الثنائية والانفرادية ـ ينطبق على التصرفات الفعلية الشرعية، وذلك، من مثل «تسليم المبيع» من قِبَلِ البائع، وتسلُّمِهِ من قِبَلِ المشتري، وكلاهما تصرفٌ فعليٌّ، إذ يشترط ـ ليكون هذا التصرف الفعلي معتبراً شرعاً، أي ذا وجود شرعي حكميٍّ ـ أن يكون المبيع غير مشغول بحاجات البائع، كالأرض المبيعة التي لم يُحصد ما فيها من زرع للبائع، أو الدار المُؤْجرة التي يشغلها أثاث البائع[2]، فهذا التسليم لا يُعتَدُّ به شرعاً، فلا يستتبع بالتالي أثره الذي رتبه الشارع عليه فيما لو كان معتبراً، كانتقال «الضمان» إلى المشتري.

فالتسليم الفعلي إذن وإن وجد حِسّاً، في هذه الحال، لكنه غير موجود شرعاً، أي

(١) هذا فيما عدا العقود غير اللازمة كالوكالة والإعارة والشركة. «المرآة»: (١/ ٣٢٢).

(٢) إلا أن يأذن البائع للمشتري باستلام حاجاته، فإذنه هذا ينطوي على عقد إيداع، فتصبح هذه الحاجات وديعة لدى المشتري، ويصحُّ التسليم حينئذ.
هذا، ويقوم التسجيل العقاري ـ فيما يتعلّق ببيع العقارات ـ مقام التسليم، ولو كان المبيع مشغولاً بحاجات البائع، من مثل الزرع في الأرض، أو الأثاث في الدار، بل ولو لم يأذن البائع للمشتري باستلامها، بل يصح التسليم بمجرد التسجيل إذا كان مشروعاً قانوناً لنقل الملكية. «المدخل» للأستاذ الزرقاء: (٦٤٨/١).

لا يحكم الشارع باعتباره، فلا تترتب عليه آثاره، لفقدانه «المشروعية»، والآثار هي المقصودة أصلاً من التصرف الشرعي.

وكذلك العين المبيعة إذا تعلّق بها حقٌ مكتسبٌ للغير، كالمستأجر والمرتهن مثلاً، فإن تسليمها للمشتري مُثْقلةً بحق الغير لا يعتبر صحيحاً، ولا يستتبع أثره شرعاً[١].

وكإحياء الموات، فإنه «تصرف فعلي» جعله الشارع سبباً أو مناطاً لكسب الحق في ملك المُحْيا، لكن ذلك لا يتم إلّا بشروط منها:

أولاً: إذْنُ ولي الأمر عند من يشترطه من الفقهاء.

ثانياً: أن يكون الإحياء مما يتعارفه الناس إحياءً لمثل المُحْيا[٢].

ثالثاً: ألا يكون قد سبق على هذه الأرض ملك لأحد.

فإذا تحققت هذه الشروط التي يتوقف عليها اعتبار الشارع للإحياء، انعقد سبباً لحكمه أو أثره، وهو اكتساب المُحيي مِلْكيةَ الأرض التي أحياها شرعاً، لقوله ﷺ: «**مَنْ أحيا أرضاً ميتة فهي له**»[٣] إذ رتب الملك «له» على الإحياء[٤]، فإذا تخلّف شرطٌ منها، فلا يكون لهذا الإحياء وجود شرعي، ولا يستتبع بالتالي أثره الشرعي المقصود منه، وهو المِلْك، لأن الشارع أراد أن يتم الإحياء على وضع خاص، وإلّا كان وجوده الحسّي مجرّداً من أي اعتبار شرعي.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) ماهية الإحياء، وحقيقته الشرعية، باعتباره تصرفاً فعلياً، تختلف باختلاف الشيء الذي يراد إحياؤه، والشرع لم يحدّد «ماهية» الفعل الذي يتم به الإحياء، وعلى أي وضع يكون، بل تركه للعُرف، ولذا قرر الفقهاء القاعدة العامة القاضية بأن الإحياء: «**ما تعارفه الناس إحياءً لمثل المُحيا**». «نهاية المحتاج» للرملي: (٥/ ٣٨٢)، و«مغني المحتاج» للشربيني: (٢/ ٣٦١)، و«المغني» لابن قدامة: (٦/ ١٤٨)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٦/ ٣٥).

(٣) أخرجه الترمذي: ١٣٧٩، والنسائي في «الكبرى»: ٥٧٥٧، وأحمد: ١٤٦٣٦، من حديث جابر بن عبد الله، وإسناده صحيح.

(٤) إذ من المقرر أصوليّاً، أن ترتيب الحكم على المشتق يُؤْذن بعلّية ما منه الاشتقاق، وهو المصدر، أي أن الحكم وهو الملك المستفاد من كلمة «له» والمشتق فعل «أحيا»، فحكم الملك مرتب على المشتق وهو فعل «أحيا».

ويتّجه على هذا النظر من النقد، أن الأمر الحسِّي ذو وجود شرعيٍّ أيضاً، ذلك لأن الشارع جعل للأمر الحسِّي أركاناً وشرائط لا ينعقد سبباً لما رتب عليه الشارع من حكم أو عقوبة، إلّا إذا تحققت في الوجود الخارجي الفعلي، كالسرقة، مثلاً، ألا ترى أنه اشترط الحِرْز والنصاب وغير ذلك، وكذلك في القتل العمد العدوان، وفي الزنا وما إليهما.

وإذا كان للأمر الحسِّي وجودٌ فعليٌّ، ووجودٌ اعتباريٌّ، فلا يظهر الفرق إذن بينه وبين التصرف الشرعي، فلا يصلح هذا «الضابط» الذي حدَّده هذا الاتجاه فيصلاً للتفرقة بينهما، كما ترى، لاختلاطهما فيه.

على أن هذا لا يمنع أن يكون فعل السرقة الذي تخلَّف شرطٌ من شروطها في الواقع، فعلاً إجرامياً، كأن تكون السرقة من غير حِرْز مِثْل المسروق، أو يكون دون النصاب، فإن عقوبة أخرى تعزيرية تترتب على ذلك.

الاتجاه الثالث:

الضابط ـ في هذا الاتجاه ـ هو «**توقُّف الحصول والتحقق على الشرع**»[1] وبيان ذلك، أن ما توقف تبيُّنُهُ ومعرفته وتحققه على الشرع، بتوقيفٍ منه، فهو تصرف شرعي، وإن لم يتوقف حصوله أو معرفته على الشارع، بأن كان معروفاً قبل الشرع، فهو أمرٌ حسّيٌ، ويكفي في تبنِّيه مجرَّدُ الإطلاق اللغوي عليه، فيدل على حقيقته، وذلك كالزنا مثلاً، فالشارع إنما قرر حقيقته المعروفة قبل الشرع، ولذا كان محرَّماً في جميع الملل، وقد وصفه القرآن الكريم بكونه ﴿فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: ٣٢] إشارة إلى إفراطه في القبح، ولا تتوقف معرفة الزنا على الشرع، بل العقل يستقِلُّ بإدراك قبحه المفرط، لما فيه من تضييع النسب، والجناية على الولد، وقطع تعهد الآباء بالأبناء، وهدم الأُسر والقرابات، والعدوان على عصمة المرأة وعفَّتها، ومضادَّة لمقتضيات الفطرة السليمة وهدم لمبادئ الآداب، وقواعد الخلُق!

---

(١) «نهاية السول» للأسنوي: (٢/ ٢٩٧)، و«التوضيح مع التلويح»: (٢/ ٢٢٣)، و«كشف الأسرار»: (١/ ٢٥٧).

وكذلك «الكفر» فإن قبحه مركوز في العقل، لما فيه من جحود الخالق والرسالة، وكنودٍ للنعم، والظلم، لما فيه من العدوان على الناس في عصمة نفوسهم، وأعراضهم، وأموالهم. والظلم قبيحٌ عقلاً[١]. إلى غير ذلك مما كان معروفاً قبحُه بمجرّد الإطلاق اللغوي، كما أسلفنا، قبل الإسلام، كشرب الخمر، وقطع الطريق، والكذب.

بخلاف التصرف الشرعي، كالصوم والصلاة مثلاً، إذ لولا الشرع، كتاباً وسُنّةً، لما عُرف لكل منهما حقيقتُه الشرعية، والكيفية التي رسمها الشارع لأدائه على وفقها، وكذلك المعاملات من التصرفات الشرعية القولية منها والفعلية، لم تُعرَف حقائقها إلّا بالشرع، وهذا الضابط لم يبلغ من التحديد ما يمنع الإشكال والتشابه، لذا كان هذا الاتجاه ضعيفاً.

ووجه الضعف، أن مثل هذه الأمور الحسِّية، وإن كانت معروفة وموجودة حساً قبل الشرع ـ كما أسلفنا ـ لكنه قد تناولها أيضاً بتحديد حقائقها الشرعية، كالقتل العمد، وشبه العمد، والخطأ مثلاً، وترتيب عقوبات معيّنة على كلٍّ منها، ما لا يتّسع المجالُ لتفصيله، ومن ثَمَّ فإنها لا تعتبر معاصي مستوجبة عقوباتها المقررة لها شرعاً، إلّا إذا وقع كلٌّ منها على الوضع الخاص الذي حدّده له الشارع، فكانت لذلك مما يتوقف حصوله وتبيُّنُه على الشرع أيضاً، على الرغم من أن أصل الفعل قد كان معهوداً قبل الشرع، بوجوده الحسيّ[٢]، ولكن دون أن يتّخذ هذه الحقائق التي وضعها الشارع لكل منها في عُرفِهِ هو، كما أسلفنا.

الاتجاه الرابع:

حدّد هذا الاتجاهُ[٣] التصرفَ الشرعي بأنه «**ما تصرف الشارع فيه بالجواز في**

---

(١) غير أن الشارع حدد مفاهيم معينة للظلم والعدل في التصرفات لا ينكرها العقل، ولو استقل العقل لضلَّ عن تحديدها على الوجه الشرعي.

(٢) «كشف الأسرار»: (١/ ٢٥٧)، و«التلويح مع التوضيح» للتفتازاني: (٢/ ٢٢٣).

(٣) «شرح المنار» ص٢٥٨ وما يليها.

الجملة[1] في غير محلّ العوارض[2]» أي مع بيان الشارع لأركانه وشروطه[3].

ومعنى هذا، أن التصرف الشرعي ـ في الأصل ـ ذو حقيقة محدَّدة في عُرف الشارع، يستلزم «المشروعية» إذ تحقق معناه فعلاً في الوجود الخارجي، هذا في الجملة وبوجه عام، أي في غير المواضع أو الحالات التي يُعرض له فيها النهي، بسبب خلل في كيانه ذاتاً أو وصفاً قائماً فيه، أو لأمر متصل به مجاورةً.

فعارِضُ النهي إذن في تصرف شرعيٍّ ما، لعلّة من العلل التي أشرنا إليها، لا ينفي عن أصله مشروعيته في غير محلِّ هذا العارِض، لما قدّمنا من أن الشارع قد تصرف فيه ـ في الأصل ـ بالجواز في غير مواضع النهي هذه.

هذا، وعوارض النهي تختلف آثارُها تبعاً لاختلاف عللها وأسبابها، أو أنواع الخلل الذي عرا التصرف واستوجب النهي، قوةً وضعفاً، أو حسب الغرض الذي قصده المُشرِّع من النهي.

فأسباب النهي ليست على سواء، من حيث الأثر على مشروعية التصرف، لسبب بسيط: هو أن «أثر النهي» إذا كان من المؤيدات والجزاءات المدنية للنظام الشرعي في العبادات والمعاملات، ليجري تحصيلُها وتنفيذُها في الواقع الوجودي على استقامةٍ، تحقيقاً لإرادة الشارع فيما شرع، على سَنَنٍ من الحق والعدل والمصلحة، فإن الجزاء ينبغي أن يتقدّر بقدْرِ المخالفة، وذلك على ضوءٍ من مقصد الشارع في «مُتَعَلَّق[4] النهي» أو علّته، من جهة، وفيما توخّاه من جعل هذه التصرفات وسائلَ وأسباباً لغايات معيَّنة مقصودة من شرعها وتنفيذها، وهي مصالح المكلَّفين، من جهة أخرى، على ما سيأتي بحثه مفصلاً.

---

(١) «في الجملة» أي: بوجه عام، أو في كثير من الصور.

(٢) المواضع والحالات التي تعرض فيها للتصرف مخالفة تستوجب النهي في نظر الشارع.

(٣) إذ لولا هذا القيد، لكان الأكل والشرب والنوم مثلاً مما يدخل في هذا المفهوم، لكون المشرع لم يحدِّد لهذه أركاناً وشرائط، وهذا القيد أخرجها عن أن توصف بالبطلان والفساد لفوات شيء من مقوماتها، إذ لا أركان ولا شرائط لها من وضع الشارع.

(٤) بفتح اللام المشددة.

ومن هنا، ينبغي النظر الكلِّيُّ إلى التصرف الشرعي على أنه سبب شُرِعَ وسيلةً لتحصيل ثمراته المقصودة للمكلفين، دون قَصْرِ النظر على السبب مجرّداً[١] من حيث كونُهُ مأذوناً فيه شرعاً، بل إن الثمرات المقصودة للمكلّفين التي جُعل التصرف الشرعي سبباً مُوَصِّلاً إليها شرعاً، أولى بالنظر عند وزن السبب، لتبيُّنِ مواضع الخلل فيه، حتى إذا أمكن تصحيح متعلَّق النهي أو موضع الخلل، وجب المصير إليه، توقياً من إبطال التصرف جملةً، وذلك بإزالة سبب الفساد فيه إن كان لأمر خارج عن ذات التصرف، رعايةً لمصالح المكلَّفين التي ما شرع التصرف إلّا وسيلةً إلى تحصيلها، أو بعبارة أخرى: إن التوقِّي من إبطال التصرف أصلاً، ينبغي أن يُصار إليه، وذلك بالتوفيق ـ إن أمكن ـ بين مقتضى النهي في ضوء متعلَّقه ومقصودِ الشارع منه، من جهة، وبين أصل مشروعيته من جهة أخرى، لأن الأخذ بظاهر النهي في جميع الحالات دون استبطانٍ لعلّته، أو موضع الخلل الذي استوجبه، ثم إبطال التصرف جملةً على أساس هذا الظاهر، نَظَرٌ مبْتَسرٌ إلى السبب مجرّداً، بكونه مأذوناً فيه شرعاً بحسب الأصل، ومقتضى النهي ـ وهو الحرمة ـ يتضادُّ مع هذه المأذونية، أقول هذا: النظر قد يتنافى ومقصد الشارع في كثير من الصور والحالات التي لم يقصد الشارع في مواضع النهي إبطالَها، إذ قد يكون أصل مشروعيتها متحققاً، أو بالإمكان تحقيقُه، بوسائل تشريعية تُعيد إلى التصرف صلاحيته لاستتباع آثاره، أو بتصرُّفٍ في محلِّه يُكسب الغيرَ حقاً فيه، فيخرج المتصرِّفُ عن المعصية، ويطهِّر التصرف الثاني مما شاب الأول من أسباب الفساد فيه، فينقطع الحق في فسخه بإطلاق، كما سيأتي تفصيله.

---

(١) هذا النظر مبْتَسِرٌ لأنه مقصور على كون السبب مأذوناً فيه شرعاً، للحكم عليه بما يناقضه من الحرمة التي يقتضيها النهي، لأن الإذن والحرمة لا يجتمعان، وقد أشرنا إلى أن السبب ينبغي أن يُنظر إليه على أنه وسيلة شَرعها الشارع لآثار رتبها عليه، تتعلّق بمصالح المكلفين، كالمعاملات، فيجب النظر إليها من هذا الوجه أيضاً، لا من حيث الإذن فقط، لتكون المشروعية بمعنى ترتب الأثر لا مجرد الإباحة والإذن.

على أن الشارع الحكيم ليس قصدُهُ «إبطال» التصرفات الشرعية في جميع الحالات، بل قصده تحقيق مصالح المكلفين، فإذا أمكن تلافي أسباب الخلل، دون إبطال، كان ذلك أدنى إلى تحقيق مقصد المشرع من الإبطال أصلاً، ما دامت المشروعية قد سلمت.

هذا في اعتقادنا نظرٌ أولى بالاعتبار، لاتِّساقه مع الأصل العام الذي قام عليه التشريع كله، من أن أحكامه معللة بمصالح العباد فيما خلا التعبدية، وأقرب إلى تحقيق مقصد الشارع.

فحكم النهي ـ كسائر الأحكام ـ معلّلٌ، وبعض علله قد لا يكون له علاقة بذات التصرف أصلاً، إلا مجاورةً، أو وصفاً خارجاً عن ذات التصرف، ولكن يمكن إزالته، ولو لازماً، بأن كان شرطاً فاسداً مقترناً به، ونزل عنه من كان هذا الشرط من أجل صالحه.

وعلى هذا، فليس البطلانُ هو المؤيِّدَ أو الجزاءَ المتعيِّنَ لجميع حالات المخالفة بإطلاقٍ «لمنافاة» ذلك لمقصد الشارع الذي يتوخّى تحقيق مصالح الناس.

ومما يوضح هذه «المنافاة» اجتهاد الظاهرية ومن معهم، في ذهابهم إلى إبطال التصرفات الشرعية ولو لأمر خارج مجاور، لا علاقة له أصلاً بكيان التصرف لا ذاتاً ولا جزءاً، ولا وصفاً لازماً متصلاً قائماً فيه، أخذاً بظاهر النهي دون اجتهاد منهم في تبيُّن مقصد الشارع من النهي، أو مدى تأثيره على مشروعيته التي تتعلّق بمصالح المكلفين، كالبيع وقت النداء مثلاً، وهو ما ذهب إليه أيضاً بعض الحنابلة ومنهم الإمام أحمد في رواية عنه، والإمام مالك في رواية عنه كذلك.

جاء في «الإحكام» للآمدي: «ولا نعرف خلافاً في أن من نُهِيَ عنه لغيره، أنه لا يُفْسِد، كالنهي عن البيع في وقت النداء، يوم الجُمُعة، إلّا ما نقل عن مذهب مالك وأحمد بن حنبل في أحد الروايتين عنه»[1].

فاستدعى ذلك أن نتناول هذه الحالة الثالثة بالبحث:

الحالة الثالثة:

قدّمنا أن النهي المطلق ينصبُّ أساساً على عين التصرف، وهذا هو الأصل عند

(١) «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي: (٢/ ٢٧٦)، تصوير دار الكتب العلمية، بيروت. ويقصد بقوله: «لا يفسد» أي: لا يُبطل، إذ يعتبرون الفساد مرادفاً للبطلان. وراجع أيضاً: «روضة الناظر في أصول فقه الحنابلة» للإمام ابن قدامة المقدسي ص١١٣ ـ ١١٤.

الجمهور، ولا ينصرف إلى الغير إلّا بدليل، خلافاً للحنفية الذين يَروْن أن الأصل أن ينصرف النهيُ المطلق بمعناه الحقيقي، إلى «الغير» لا إلى الذات، ولا ينصرف إلى عين التصرف، إلّا بدليل، وحينئذ يكون النهي مستعملاً في معناه المجازي، وهو النفي، أعني: نفيَ المشروعية أصلاً، وحينئذ يكون بيان شرع لا طلب انتهاء.

ونستخلص من ذلك أنَّ الاتفاق منعقدٌ بين الجمهور من جهة، والحنفية من جهة أخرى، على أن النهي إذا انصبَّ على عين التصرُّف، أصالةً أو مجازاً، أفاد «القبح العيني» وهذا يستلزم انتفاءَ أصل المشروعية الذي هو البطلان.

أما إذا تعلق النهي بالغير ـ وهذا هو الأصل في النهي المطلق عند الحنفية، وهو خلاف الأصل عند الجمهور ـ فإن هذا الغير لا يخلو:

١ ـ إمّا أن يكون متصلاً بالتصرف الشرعي وصفاً لازماً قائماً فيه[1]، وقد أشرنا إلى هذه الحالة الثانية، وحكمها، والاختلاف فيها، آنفاً.

٢ ـ وإمّا أن يكون وصفاً متصلاً بالتصرف الشرعي، مجاورةً، وهو منفكٌ قد يفارق أصل التصرف، إذ لا يتلازم بينهما، لأن المكلف هو الذي جمع بين التصرف المشروع، والمجاور غير المشروع.

وهذا النوع الأخير من «الغير» هو ما نعنيه بالحالة الثالثة، مثال ذلك، النهي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢].

فالنهي في هذه الآية الكريمة لا تعلُّقَ له بذات التصرف الفعلي المشروع وهو «**القربان**» لأنه وطءٌ مملوكٌ بالنكاح، لأنها زوجته، بل لأمر خارج عنه، بدليل قوله تعالى قبل ذلك: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢].

فالنهي للاقتران بالأذى، لا لأصل القربان، لأنه مشروع في الأصل، كما أشرنا، وهذا «**الاقتران**» إنما يكون بفعل المكلّف، وهو منهي عنه.

---

(١) «أصول السرخسي»: (١/ ٧٦ وما يليها)، و«التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (٢/ ٢٢١)، و«المرآة» للأزميري: (١/ ٣٢٢).

هذا، والأذى ليس لازماً للقربان، إذْ يفارقُهُ حالةَ الطُّهر.

فمقصد الشارع إذن من النهي، تجنُّبُ الأذى، بتحريم مقارفته، أما أصل «**القربان**» فيبقى على مشروعيته بعد النهي، كما كان مشروعاً قبله، لأنه وطء مملوك بالنكاح، كما أشرنا، وبدليل ترتب آثاره كلها عليه لو وقع، ولكن مع الحرمة والإثم لمقام النهي.

فترتُّب جميع آثار القربان حالة الحيض على الرغم من النهي المفيد للحرمة والإثم، للوصف المجاور، دليلٌ بيِّنٌ على أن الحرمة الغَيْرية لا تنفي أصلَ المشروعية، لذات التصرف، وهذه الآثار هي:

١ ـ ثبوتُ نسب الحَمْل اتفاقاً، إذ لا يُعدُّ هذا الوطءُ زناً، وإن كان حراماً، فلم تَبْطُلْ سببيته لآثاره.

٢ ـ ثبوت إحصان الزوج، كما في الوطء المباح في غير حالة الحيض، سواء بسواء.

٣ ـ تصبح الزوجةُ مدخولاً بها حقيقة، إن كان هذا أولَ وطءٍ، فتثبت لها أحكام الدخول، من وجوب المهر لها كاملاً.

٤ ـ تحلُّ هذه المرأة لزوجها الأول الذي طلقّها ثلاثاً، إذا ما طلقها هذا الزوج الثاني، وانقضت عدّتُها.

وهكذا، ترى أن النهي لوصف مجاور، لا يمسُّ أصل مشروعية التصرف الشرعي الذي يقع صحيحاً مستتبِعاً جميع آثاره.

إذن النهي لأمر مجاور مفارقٌ لا يؤثر في أصل التصرف الشرعي، لا عيناً ولا وصفاً، ذلك لأن هذا الوصف المجاور منهيٌّ عنه على الخصوص، فحيثما وُجِد كان النهي عنه.

وبدهي أنه إذا سلم الأصل، عيناً ووصفاً، استلزم المشروعية كاملةً، والمشروعية الكاملة معناها: ترتُّبُ جميع الآثار، ولكن مع الحرمة والإثم، لمكان الحرمة المستفادة من النهي عن المجاور، لكن هذه الحرمة لا تقضي على أصل المشروعية ـ كما قلنا ـ لأن صحة الأصل قد رُجِّحت على فساد المجاور.

هذا في التصرف الشرعي الفعلي.

وكذلك الحكم في التصرف القوْلي من العقود، من مثل «البيع وقت النداء»، فالبيع في أصله مشروع قطعاً، لقوله سبحانه: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

فأصل البيع إذن تصرّفٌ مشروع، وإنما عرض النهي عنه لا لذاته، بل قصداً من الشارع إلى عدم إيقاعه في هذا الظرف، لما فيه من الاشتغال عن السعي إلى صلاة الجمعة بغيره، بعدما تعيّن وجوبُ هذا السعي.

فمقصد الشارع إذن من النهي، إزالةُ العوائق التي تحول دون أداء هذا الواجب إذا تعيَّن، كيْلا تفوت الصلاة.

ألا ترى أنه لو اشتغل بغير البيع أو المعاملات جملةً، وفاتتْ الصلاةُ، لكان الحكم واحداً، وهو الحرمةُ، للمعنى نفسه، وهو الاشتغال عن السعي الواجب المتعين، لا خُصوص البيع.

وأيضاً، ألا ترى أنه لو أوقعَ البيعَ قبل السعي أو بعده، لكان البيع صحيحاً لا شُبهة فيه، وانعقد سبباً لجميع آثاره.

فالخلل الذي هو متعلَّق النهيِّ في هذه الحال، لم يَمَسَّ التصرفَ الشرعيَّ، لا أصلاً ولا وصفاً، كما أشرنا، فاستلزم ذلك المشروعية التي تعني ترتُّب آثاره عليه كاملةً، من انتقال المِلْك في البدلين، وحِلِّ انتفاع كلٍّ من المتعاقدين بمال الآخر، ولو أوقعه وشغله عن صلاة الجمعة، ولكن مع الكراهة.

أدلة الحنفية على الحالة الأولى:

استدل الحنفية على الحال الأولى بأدلة نعرضها مع وجوه الاستدلال بها فيما يلي:

الأول: أن النهي المطلق عن المشروعات ـ في معناه الحقيقي ـ يوجب الانتهاء عن المنهي عنه، وَترْكَ أدائه، ولا يتأتى هذا المعنى الأصلي للنهي، ويتحقق موجَبُهُ، ـ وهو وجوب الانتهاء ـ إلّا إذا كان المنهي عنه «ممكناً» ومتصور الوجود شرعاً، بمعنى

أنه إذا أوجده المكلَّف ـ على وضعه الشرعي ـ وجد، أي حَكَم الشارع بوجوده، مع الإثم، لتركه وجوب الانتهاء، وإن امتنع عن أدائه، كان متمثلاً، مُثاباً.

إذن، النهي المطلق عن المشروعات، يوجب حُكماً أصلياً، هو إمكان المنهي عنه، ليتحقَّق معنى الانتهاء الذي هو مُوجَبُ النهي، ويتأتّى ابتلاء المكلف به. وقد بيّنا آنفاً، أنَّ «الممكن» الشرعي، هو الفعل أو التصرف الذي يحكم الشرع بوجوده إذا أوجده المكلَّف، أي مما يتكوَّن ويوجد شرعاً، وتَثْبُتُ له الصلاحية والصحة مع الحرمة، **أي صحة الأصل دون الوصف، بخلاف المستحيل الشرعي**، فهو ما لا يُتصوَّرُ وجوده شرعاً، وإن وُجِدَ حسّاً وصورةً، كالتوجُّه إلى بيت المقدس في الصلاة مثلاً، إذْ رُفعت مشروعيته أصلاً، فأصبح مستحيلاً شرعاً، بمعنى أن التوجه إليه في أداء الصلاة، غيرُ معتبرٍ في نَظَرِ الشارع، وكذلك الامتناع عن التوجه إليه في الصلاة، لا يعتبر امتثالاً أيضاً.

أو بعبارة أخرى، لا يعتبر الأداء عصياناً، ولا الامتناع امتثالاً، لأن المستحيل الشرعي «**ممتنع بنفسه**» لا بامتناع المكلف، فلا يتأتّى بذلك انتهاءٌ ولا ابتلاء، كما بينا آنفاً.

فمناط الاستدلال عند الحنفية على اتجاههم، أنه: «إذا ثبت أن النهي المطلق عن المشروعات ـ في معناه الحقيقي ـ يوجب الانتهاء، وكان هذا المعنى يستلزم «إمكان» المنهي عنه، وأن وجوده واقعاً يقتضي صلاحيته ومشروعيته لا محالة، لانعقاد سببه بحكم الشرع، أقول إذا ثبت هذا، ثبت بالتالي، أن النهي المطلق لا يوجب قُبحاً في عين المنهي عنه، حتى يعدم المشروعية ويوجب البطلان كما يرى الجمهور، وإنما يوجب قبحاً في غير المنهي عنه، وهو الوصف الخارج عن ذات التصرف، اللازم له.

فالكراهة إذن، لمعنى في غير ذات البيع، فأصل البيع سليم، ذاتاً ومحلاً وشروطاً، وهذا يستلزم المشروعية بلا ريب، على الرغم من عارض النهي الذي استوجب الكراهة، إذ قد تبين أن الكراهة بسبب إيقاع البيع في هذا الظرف الزماني الذي من شأنه أن يحول دون أداء الصلاة، ويشغل عنها، وهذا أمر وراء عقد البيع.

وليس المقصود بالنهي هو خصوص إجراء عقد البيع، بل علة النهي التي تنطوي على مقصد الشارع تستوجب حكم الكراهة بكل شاغل عن أداء الصلاة، وإنما خص البيع بالذكر، لكونه أكثر وقوعاً، لا لتقييد الحكم به، ونفيه عما عداه، أو بعبارة أخرى، ذكر على سبيل المثال لا الحصر، ويصبح معنى الآية الكريمة: «وذروا كل ما يشغل عن السعي إلى أداء صلاة الجمعة»، لأن هذا هو المنهي عنه بخصوصه حيثما وجد، وبأي معاملة اتصل.

وما يقال في البيع من المعاملات، يقال في العبادات، كالنهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة، فمن المعلوم بداهةً، أن النهي منصبٌّ أساساً على فعل الغَصْب لا على أداء الصلاة، لأن الصلاة عبادةٌ مفروضة، فلا تنقلب بالنهي عن أمر مجاور لها، غيرَ مشروعة، فتصح الصلاة، وتبرأ ذمة المكلف بأدائها، وتبقى الكراهة، للظرف المكاني الذي أديت فيه، حثّاً للمكلف على الخروج من معصية الغصب والاعتداء على أموال الناس بالباطل، وهذا أمر وراء الصلاة[1]، وفعل الغصب منهي عنه لذاته، حيثما وقع.

الدليل العقلي:

وأيضاً، يتأيّد هذا النظر الأصولي بالعقل، ألا ترى أن البيع مشروع لِحُسْنٍ في ذاته، إذْ لا يشرع الله تعالى أمراً، إلّا إذا كان حَسَناً، لما فيه من مصلحة معتبرة مؤكَّدة، وإنما القبح لأمر متصل به مجاورةً، **ولا يُحْكَمُ عقلاً بترجيح القبح الغيري المجاور على الحسن الذاتي، تجنُّباً لمضادة مقصد الشارع في أصل المشروعية، وتحقيقاً لمصالح المكلفين الدنيوية، وذلك لسلامة التصرف أصلاً ووصفاً. خلاف الظاهرية، وبعض الحنابلة، ومنهم الإمام أحمد في رواية، والإمام مالك في رواية أيضاً، في النهي عن التصرف الشرعي لوصف مجاور:**

---

(١) خالف في هذا الإمام الحسن البصري، أخذاً منه، بمأذونية السبب مجرداً، فذهب إلى بطلان الصلاة في الأرض المغصوبة، لأن المصلي أتى بغير المأمور به، لأن المنهي عنه لا يكون مأموراً به، ومن أتى بغير المأمور به فعمله مردود عليه، أي باطل، وقد رأيت مناقشتنا لهذا الاتجاه.
«المعتمد في أصول الفقه» للإمام الحسن البصري ص١٨٣، طبع المعهد الفرنسي بدمشق.

ذهب هذا الفريق إلى أن النهي لوصف مجاور يقتضي البطلان، لأن ما أتى به المكلف ليس هو المأمور به، فلم يكن على وفْقِ ما رَسَمَ الشارع، فكان هذا التصرف على خلاف وَضْعِ المشروعات، فيكون لذلك غير مشروع أصلاً، وغير المشروع مردودٌ وباطل، لا يترتب عليه أثر، وهذا، نظراً إلى التصرف الشرعي من حيث كونه مأذوناً فيه شرعاً فحسب، لا من حيث كونه سبباً رتب عليه الشارع آثاراً هي مصالح المكلفين.

وجاء في روضة الناظر (لابن قدامة) الحنبلي: «إن النهي عن الأسباب المفيدة للأحكام، يقتضي فسادَها[1]» (بطلانها) هكذا بإطلاق.

ثم أتى بالأدلة التي تؤيد وجهة نظره منها:

أ ـ ما روت السيدة عائشة ﷺ أن النبي ﷺ قال: «**مَنْ عَمِلَ عملاً ليس عليه أمرنا، فهو رَدٌّ**»[2]، أي مردود، وما كان مردوداً على فاعله، فكأنه لم يوجد، أي باطل شرعاً.

الدليل العقلي لهذا الفريق:

ب ـ ثم أتى بحجة عقلية للتسوية بين متعلقات النهي في الحكم، وهو البطلان بقوله: «ثم لا فرق بين كون النهي عن الشيء لعينه أو لغيره، لدلالة النهي على رجحان ما يتعلق به من المفسدة، والمرجوح كالمستهلك المعدوم»[3] فلم يفصل الإمام ابن قدامة في قوله: «أو لغيره» بين كون ذلك الغير المنهي عنه، وصفاً خارجاً لازماً قائماً

---

(١) يعبر الحنابلة عن البطلان بالفساد، لأنهما مترادفان في اجتهادهم، وكذلك الشافعية والمالكية: ص١١٣ ـ ١١٤، نشر قصي محب الدين الخطيب ـ القاهرة ١٣٩٧.

هذا، والمقصود بالأسباب «التصرفات الشرعية» ومنها العقود، وقرر هذه القاعدة ـ كما ترى ـ بإطلاق، دون فصل وتمييز بين متعلقات النهي، ومعلوم أن النهي عن البيع وقت النداء يندرج تحت إطلاق هذه القاعدة، فينسحب حكمها عليه وهو البطلان.

(٢) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥١٢٨، من حديث عائشة.

(٣) المرجع السابق ص١١٣ ـ ١١٤.

بالتصرف[١]، وبين كونه أمراً خارجاً مجاوراً منفكاً، فدل ذلك على شمول الحكم ـ وهو البطلان ـ للحالين.

فالأصل ـ كما ترى ـ أن ظاهر النهي في اجتهاد ابن قدامة ومن معه، يدل على بطلان المنهي عنه بإطلاق، سواء أكان النهي لعين المنهي عنه، أو لغيره، وأن فساد الغير يوجب فساد الأصل وبطلانه، لأن الشارع ـ في اجتهاده ـ يرجح فساد التصرف جملةً على صحته، لظاهر النهي، أيّاً كان متعلَّقُهُ، إذ يصبح الشقُّ الذي صَحَّ من التصرف، لعدم تعلق النهي به، بمنزلة العدم المستهلك، ولو كان هو أصلَ التصرف، ما دام قد لابسه الفساد الذي استوجب النَّهيَ، أيّاً كان متعلقه[٢]، كما ذكرنا.

ويتجه على الإمام ابن قدامة، أن هذه التسوية بين الحالات الثلاث في الحكم نظر غير سديد، لمجافاته الدِّقَةَ في تَفَهُّمِ مقصد الشارع في كل حالة على حدة، مما يقضي بوجوب تحليل التصرف الشرعي إلى عناصره الأساسية التي تنهض بأصل التصرف وتمييزه عن أوصافه اللازمة، وعن الأمور الملابسة المجاورة والمفارقة.

---

(١) ومن أمثلة العقود المنهي عنها لوصف لازم، البيع بشرط القرض، لنهي النبي ﷺ عن «بيع وقرض»، [أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٩٠٠٧، من حديث ابن عباس، وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد»: (٤/ ٨٥)، وقال: وفيه يحيى بن صالح الإيلي، قال الذهبي: روى عنه يحيى بن بكير مناكير، وبقية رجاله رجال الصحيح]. والبيع باستثناء منفعة المبيع للبائع مدة معينة، كبيع المنزل بشرط أن يسكنه البائع مدة سنة أو أكثر أو أقل. وبيع الثلاجة بشرط أن يقوم البائع بإصلاحها لمدة خمس سنوات، كما في زماننا هذا، وشرط استثناء المنفعة، أو ضمان الإصلاح يصبح ملزماً ويصبح معه العقد إذا جرى به العرف في اجتهاد الحنفية، كما علمت. راجع بحث الشروط المقترنة بالعقد في هذا الكتاب.

(٢) وهذا مخالف لأصل الشافعية الذين يذهبون إلى أن فساد الوصف يوجب فساد الأصل، للتلازم بينهما، وذلك إنما يكون في حالة النهي عن الوصف الملازم، دون المجاور، لعدم التلازم. وهو مخالف لمذهب الحنفية أيضاً، لأن فساد الوصف ولو كان ملازماً، لا يوجب فساد الأصل، بلف «يبقى أصل المشروعية» ويكون التصرف الشرعي حينئذٍ فاسداً لا باطلاً، ومن هنا، كان منشأ نظرية الفساد عند الحنفية.

وأما إذا كان النهي لوصفٍ مُجاورٍ، فلا يُؤثِّر على التصرف لا أصلاً ولا وصفاً، والمشروعية كاملةً، وهو مذهب الشافعية أيضاً، وبعض الحنابلة والمالكية.

ومقصد الشارع من النهي يمكن تبينه في ضوء هذه المتعلّقات، ليكون أثر النهي، وهو الجزاء، على قدر المخالفة، أو الخلل، قوةً وضعفاً، كما أشرنا.

فلا يستوي أثر النهي عن بيع الخنزير أو تزوج المسلمة بالكافر مثلاً، لقبح عيني متعلق بجزء جوهري في ذات التصرف، وهو المحل، ـ إذْ لا يقبل هذا المحل حكم التصرف، فكان كالمعدوم ـ وبين أثر النهي عن البيع وقت النداء، منعاً من التشاغل عن وجوب السَّعْيِ المُتَعيّن لأداء صلاة الجمعة، وهو ظرف زماني ملابس غير ملازم، لا علاقة له بكيان التصرف أصلاً ولا وصفاً، كما قدمنا، فلا يؤثر بالتالي على «**مشروعيته الكاملة**» إذ الخلل في الأول ذاتي، وفي الثاني غيري مجاور ومفارق.

فمقصد الشارع من النهي في الحالين إذن مُختلفٌ، تبعاً لاختلاف متعلقه.

ففي الأول مقصده إعدام التصرف أصلاً، لعدم قبول محل العقد لحكمه، فانعدم وجوده شرعاً، لفساد في أصله، وخلل في ماهيته.

وفي الثاني مقصده إيقاع عقد البيع المشروع في غير هذه الظروف، حتى لا يحول دون أداء واجب السعي، فيؤدي إلى تفويت صلاة الجمعة[١].

وأيضاً، ما نحن بصدد البحث فيه من النهي عن وصف مجاور مفارق منفك، لا تلازم بينه وبين الأصل، للمجاورة والانفكاك، فلا يلزم بالتالي من فساد الأول وهو الوصف المنفك، فساد الثاني، وهو ذات التصرف، لكمال هذا الأخير عيناً ووصفاً، مما يستلزم «**الصلاحية**» وهي ترتب آثاره عليه كاملة، بحكم الشرع، إذ هو الذي رسم سبب هذه الصلاحية والمشروعية قبل النهي، وهي باقيةٌ بعد النهي لم تنخرم، لا أصلاً ولا وصفاً.

وقدمنا، أن لا منافاة بين المشروعية للأصل والكراهة للوصف الغيري المجاور، فالجهة منفكةٌ، والكراهة لأمرٍ خارجٍ عن التصرف ومفارق، لا تقوى على نقض أصل

---

(١) لأن المكلّف هو الذي جمع بين التصرف المشروع، والمجاور غير المشروع، لا الشارع، فبقي الأول على حاله، من المشروعية الكاملة بعد النهي، كما كان قبله، والثاني استوجب النهي المُقتضي للحرمة، لفساد المجاور لا لخلل في التصرف، ولا منافاة.

التصرف المستجمع لأركانه وشرائطه شرعاً، لقوّةِ هذا الأخير ورجحانه، شرعاً وعقلاً، لأنّ الصِّحة أو الصَّلاحية بسلامة الأصل، أرجح من البطلان بفساد الوصف المجاور.

فقول ابن قدامة فيما احتاج به على بطلان التصرف أثراً للنهي عن الوصف المجاور: «لدلالة النهي عن رجحان ما يتعلّق به من المفسدة، والمرجوح كالمستهلك المعدوم»[1]. أقول: إن قول الإمام ابن قدامة هذا، ينبغي ـ في نظرنا ـ أن لا يُحمَل على إطلاقه، بل على حالة كون المفسدة متعلقة بذات التصرف كلّاً أو محلّاً، أو شرط انعقاد وتكوين، لانعدام ماهية التصرُّف حينئذ شرعاً، بفوات بعض عناصره الجوهرية[2]، وهذا يستلزم القبح الذاتي الذي لا تُجامعه المشروعية أصلاً، كما أسلفنا.

أما إذا نهض التصرف بمقوماته الجوهرية التي وضعها الشارع له، فقد تحقق أصل ماهيته، وذلك يقتضي الحُسن الذاتي أولاً بحكم الشرع، وهو يستلزم أصل المشروعية.

ولا ريب أن الحُسْن الذاتي لا يُرَجَّح عليه القبحُ الوصفي أو الغيْري، بفساد الوصف الخارج الملازم، فلأن لا يرجَّح عليه القبح الغيري لوصف مجاور من باب أولى.

وعلى هذا، يتقرّر الجزاء في هاتين الحالتين الأخيرتين اللتين يشملهما النهي «للغير» بقدر الخَلَل في كلٍّ منهما.

فتكون الصحة والمشروعية في الأصل، والفساد في الوصف اللازم، ولا تناقض إذ الجهة منفكَّة، فتأخذ كلُّ جهة حكمها الخاص بها، وهذه هي المرتبة الوسطى بين الصحة والبطلان، إذ المشروعية ناقصةٌ، في الحالة الأولى.

وتكون الصحة والمشروعية الكاملة في التصرف أصلاً ووصفاً، والكراهة، بفساد الوصف المجاور المنفك، في الحالة الثانية.

---

(١) «روضة الناظر»: ص١١٣ ـ ١١٤.

(٢) وفوات بعض عناصر التصرف الجوهرية، كفوات جميعها.

ولا تناقض في الحالَيْن، إذ يجتمع أصلُ المشروعيةِ والحرمةِ، من جهتين، كما قدمنا فلأن تجتمع المشروعية الكاملة مع الكراهة من باب أولى.

هذا، ولا ريب أن رَجَحان صحة الأصل على فساد الوصف، أولى من رجحان بطلان الأصل بفساد الوصف، كما أشرنا.

إذن، عوارض النهي في بعض صُوَر البيع، ونظيره من صُوَر الإجارة أو الرهن، أو الوصية مثلاً، لا تنفي عن أصل هذه التصرفات بوجه عام، **أصل مشروعيتها**، أي فيما خلا مواضع النهي، **لأن الشارع قد تصرَّف فيها بالجواز في الجملة قبل النهي**.

هذا في المعاملات.

أما في العبادات، ففيما إذا كان النهي لوصف ملازم، فالحكم يختلف، ذلك، لأن الأثر المقصود من العبادة، حكم أُخْرَوي، هو الثواب المرجو من الله تعالى، إذ العبادة تصرفٌ شرعي بقصد القربة إلى الله، وهذا الأثر الوحيد للعبادة يتناقض وأثَرَ النهي، وهو الحرمة والمعصية، إذْ لا يمكن أن يجتمع قصدُ القربة وقصدُ المعصية، فهذا التناقض ـ لاتِّحاد الجهة ـ يدلُّ على القبح العيْني في ذات التصرف، للتلازم بين الأصل والوصف اللازم، **والقبح العيني**[1] **لا يُجامع المشروعية أصلاً**، لذا كانت العبادة باطلةً، إذْ لا يُعْبَدُ الله تعالى إلّا بما شَرَّع، هذا في اجتهاد الفريق الذي يرى أن العبادة تبطل بالنهي عن الوصف الملازم، دون المعاملات.

هذا، وألحقوا بالعبادات عقد «النكاح» كما سيأتي تفصيله، لوحدة أثره، وهو الحلُّ، حتى إن المُلْك في عقد النكاح، ثابتٌ بالاقتضاء، أي مُلْك ضروري ثبت مقتضى للحلِّ، فكأنه الحل نفسه، بالاقتضاء[2].

فالحِلّ هو الأثر الوحيد، والملك ثبت شرطاً اقتضاءً لثبوت الحِلِّ، فكان الملك، إذ الشرطُ تابعٌ للمشروط، حتى لكأن الملك هو الحِلُّ نفسه.

---

(١) هذا، وقد يكون النهي راجعاً إلى فقدان ولاية أحد المتعاقدين، فالشافعية يَرَوْن أن هذا النهي يتعلق بشرط تكوينٍ أو انعقادٍ، فلا ينعقد التصرف سبباً لأحكامه بفقدانه، على حين يرى الحنفية أنَّ هذا الشرط للنفاذ، وبتخلفه يكون العقد منعقداً، ولكنه موقوف كبيع الفضولي.

(٢) «أصول السرخسي»: ج١، ص٧٨ وما يليها.

هذا والملك الثابت اقتضاء وضرورةً، ليسَ له خصائص الملك الكامل في عقود المعاوضات، إذْ ليس عقد النكاح عقداً مالياً أصلاً.

إذا ثبت هذا، فإن أثر عقد النكاح، وهو «الحل»[(١)] لا يجتمع مع الحرمة الثابتة بمقتضى النهي للوصف الملازم، فكان التناقض، لاتحاد الجهة، شأنه في ذلك شأن العبادات.

وإذا انتفى الأثر الوحيد للنكاح وهو الحل، خرج السبب ـ وهو عقد النكاح ـ على أن يكون مشروعاً؛ لأن الأسباب الشرعية لا تراد لذواتها، بل لآثارها وأحكامها المترتبة عليها؛ لأنها غاياتها التي شرعت تلك الأسباب من أجلها، ومن المقررات الشرعية: «**أنّ كلَّ تصرف تقاعدَ عن تحصيل مقصوده باطل**»، فتبين بذلك أن التناقض[(٢)] يدل على القبح العيني، لأن المتناقضين لا يجتمعان، والقبح العيني يستلزم البطلان، بخلاف ما إذا كان النهي لوصف مجاور منفك عند الجمهور.

أو بعبارة أخرى، إذا انتفى الأثر الوحيد لعقد النكاح ـ وهو الحل ـ فقد غدا عقدُ النكاح بلا أثر، أو انتفى الحِلُّ فيه، فأصبح حراماً، فبطل العقد أصلاً، لأن العقود لم تشرع لذواتها، بل لآثارها[(٣)]، وما دام الأثر قد انعدم، لم يبق للعقد معنى، فبطل لذلك.

أما أن الأثر الوحيد لعقد النكاح ـ وهو الحلّ ـ قد انتفى، فلأن الحِلَّ لا يجتمع مع الحرمة الثابتة مقتضى للنهي، للتناقض، والمتناقضان لا يجتمعان، وإذا انتفى الأثر سقط العقد وبطل، إذ العقد إنما (شرع) وسيلة للأثر لا لذاته، فلا معنى لوجوده، بعد سقوط أثره، وإلّا كان عبثاً، والعَبَثُ لا يُشرع، بناءً على القول بالمصالح، كما أشرنا.

وفي هذا المعنى يؤصِّل الإمام الغزالي ﷺ أصلاً عاماً بقوله: «**كل سبب منصوب**

---

(١) لأن الملك مغمور بالحل، بل ما ثبت الملك إلا لتصحيح الحكم بالحل.

(٢) راجع كتابنا: «نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون» ص١٦، [ط. الرسالة ٢٠٠٨] و«الموافقات»: (٢/ ٣٨٥ ـ ٣٨٧).

(٣) يقصد بالسبب هنا التصرف، ومن الأسباب العقود. «أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ وما يليها).

لحكم، إذا أفاد حكمه المقصود منه، يقال إنه صح، وإن تخلَّف عنه مقصوده، يقال إنه بطل»[(١)].

تلك هي الفلسفة الأصولية التي يقوم عليها ضابط التصرفات الشرعية التي تصرف فيها الشارع بالجواز في الجملة في غير مَحَالِّ عوارض النهي، عبادات ومعاملات، وهي العوارض التي اعتبر النهي فيها مؤيِّداً أو جزاء[(٢)] مدنياً في المعاملات، ودِينياً في العبادات، ليجرِيَ تنفيذها من قبل المكلفين على استقامة.

التصرفات الشرعية وحدها هي التي يمكن أن تتصف بالبطلان والفساد كجزاء دنيوي أو ديني لمخالفة إيقاعها لنظامها الشرعي:

ومن هنا تدرك، أنه لا يوصف بالبطلان والفساد غير هذه «المشروعات» التي تصرف فيها الشارع بالجواز في غير مواضع النهي، لأنها ـ في الأصل ـ تصرفات مشروعةٌ قبل ورود النهي، والنهي عارض عليها بسبب ما عسى أن يعروها من خلل في ذاتها، أو جزء من أجزائها التكوينية، كالمحل، أو في شرط انعقاد، أو في وصف ملازم لها قائم فيها، كالربا، إبان التطبيق، وفي مواقع الوجود الخارجي، فكان النهي والجزاء من أجل أن تتحقق لتلك التصرفات الشرعية الصلاحية الكاملة (الصحة) المبرأة من كافة وجوه الخلل، ولتكون بالتالي أسباباً شرعية يمنحها الشارع قوة الإنشاء والمشروعية التي تعني استتباع آثارها المقصودة منها، بحكم الشرع.

وأما الأمور الحسية التي ورد النهي فيها، فلم يتصرف الشارع فيها بالجواز أصلاً، لأنها محرمة لعينها، أو ملحقة بالمحرم لعينه[(٣)]، كالسرقة والزنا، والقتل العمد

---

(١) «المستصفى»: (١/ ٦١).

(٢) أي جزاءً قضائيًّا، احترازاً عن الجزاء الجنائي وهو العقوبات في الأمور الحسية غير المشروعة أصلاً، هذا في المعاملات، وأما في العبادات فالجزاء عدم الإجزاء أو عدم تبرئة الذمة.

(٣) كالزنا، إذا ذهب بعض الأصوليين إلى أنَّ الزنا مُحَرَّم لغيره، وهو تضييع النسب، ثم أُلحق بالمحرم لعينه، ولكنا لا نرى هذا الرأي الذي سنوجه إليه من الانتقادات التي تعارضه، «المرآة»: (١/ ٣٢٢ وما يليها)، و«التوضيح مع التلويح»: (١/ ٢٢١).

العدوان، وقطع الطرق، والكفر والظلم، وما إلى ذلك، لقبح ذاتي فيها، وبَدَهي أن القبح الذاتي لا يجامع المشروعية أصلاً، فإذا كانت لا تتصف بالصحة أصلاً، فلا توصف بالبطلان، لأن البطلان وصف لما يمكن أن يوصف بالصحة.

ولذا، لم تشرع في أي ملة من الملل، لأنها مجرد معاصٍ وجرائم، جعلها الشارع أسباباً لعقوبات مقررة ـ نصاً أو دلالةً ـ في الدنيا، فضلاً عن العذاب الأخروي.

من المقرر شرعاً أن النِّعمَ ليس سبيلُها المعصية أو المحظور:

هذا، وتظهر ثمرة التفرقة بين التصرفات الشرعية، والأمور الحسية، من قِبَلِ أنَّ هذه الأخيرة، لم توضع في الشرع أسباباً لِنِعَمٍ مَحْضة بالنسبة لفاعليها إجماعاً، بخلاف الأولى، ولذا استقر في التشريع الإسلامي، مبدأٌ يقضي بأن المحظورات أو المعاصي، لم تُشْرع أسباباً للنعم أصْلاً، ولهذا يُحْرَمُ القاتلُ من الإرث والوصية، إذْ لا يُنالُ فضلُ الله تعالى بمعصيته، كما تقرر في الحديث[1]، وإلّا كان الإغراء من الشارع بمباشرَة تلك الأسباب، تحصيلاً لتلك النِّعم، وهذا لا يتفق وحكمة التشريع الإلهي على الإطلاق[2].

تحرير موقف الحنفية من مقتضى هذا الأصل في اجتهاداتهم في بعض المسائل:

غير أن اجتهاد الحنفية في بعض المسائل يبدو ـ باديَ الرأي ـ أنه يرتب بعض الثمرات والنعم على الأمور الحسية المنهي عنها لذاتها، لقبح عيني فيها، في حين أن الشارع إنما جعلها ـ في الأصل ـ نِعَماً مرتبة على التصرفات الشرعية، الأمر الذي جعل الجمهور يعتبر تلك الاجتهادات نقضاً لذلك الأصل المجمع عليه.

---

(١) جاء في الحديث الشريف: «إن الله لا ينال فضله بمعصيته»، [أخرجه الحاكم: (٢/ ٥)، من حديث ابن مسعود، وابن عبد البر في «التمهيد»: (٢٤/ ٤٣٥) من حديث أبي أمامة]. وانظر «الرسالة» ص٩٤ للإمام الشافعي.

(٢) «روض الناظر» لابن قدامة: ص١١٣ ـ ١١٤.

وفي ضوء التحقيق، يبدو أن فلسفتهم الأصولية، تُرتِّب تلك الآثار والنعم على غير الأمور الحسية في حد ذاتها، فلا تجعل المحظور سبباً مباشراً للنعمة، اتساقاً مع منطق التشريع في تلك المسائل، ومقتضياته، وتأسيساً لتلك الأحكام على القواعد الفقهية التي تُسيغها، لا نقْضاً لذلك الأصل.

ونعرض لبعض هذه المسائل وأحكامها، لنقف على عُمقِ فلسفة الأحناف في تأصيل مصدرها، ومدى قوة حجِّيتهم في ذلك التأصيل.

الأصل المتفق عليه بين الأصوليين والفقهاء، أن النهي المطلق عن الأمر الحسي يوجب انتفاء المشروعية عنه أصلاً:

قدَّمنا أن الأصل المختلف فيه، أن النهي المطلق عن الأفعال الشرعية يُوجب بقاءَ المشروعية، إلّا إذا قام الدليل على أن النهي للذات لا للغير، وهو ما أخذ به الحنفية، وخالفهم في ذلك الجمهور.

أما الأصل المتفق عليه، فهو أن النهي المطلق عن الأمر الحسي يوجب انتفاء المشروعية أصلاً، للقبح الذاتي[1].

وقد أورد الجمهور بعض المسائل التي اجتهد الحنفية في أحكامها، مما يعتبر في نظر الجمهور نقضاً لهذا الأصل المجمع عليه.

ونعرض فيما يلي للفلسفة الأصولية لاجتهاد الحنفية في هذه المسائل، ليتبيَّن لنا مدى مناقضتهم في تأصيل مصدر أحكامها، لذلك الأصل العام.

الفلسفة الأصولية التشريعية في تأصيل مصدر أحكام بعض المسائل، في اجتهاد الحنفية، وقد بدت ـ في نظر الجمهور ـ مرتبةً على الأمور الحسية غير الشرعية المنهي عنها لذاتها مما اعتبروه نقضاً للأصل المُجمع عليه شرعاً، من أن النِّعم المحضة لا يكون سبيلها المعصية أو المحظور.

(١) وقد علمت أن القبح الذاتي لا يجتمع مع المشروعية أصلاً، لعدم مناسبة السبب ـ وهو الأمر الحسي ـ للحكم الشرعي الذي تثبت به النعمة.

بيان هذه المسائل وأحكامها في اجتهاد أصوليِّي الحنفية وفقهائهم:

١ ـ ثبوت حرمة المصاهرة[(١)] بالزنا كما تثبت بالنكاح.

٢ ـ ثبوت مِلْك المغصوب للغاصب عند الغصب.

٣ ـ مِلْك الكفار لأموال المسلمين بالاستيلاء عليها.

٤ ـ ثبوت حكم الرخصة للمسافر سفر معصية.

٥ ـ جواز بيع الدهن المذاب الذي وقعت فيه نجاسة، مع حرمة تناوله.

المسألة الأولى:

يرى الجمهور، أنَّ حرمة المصاهرة نعمة، لأنها تُلحق الأجانب بالأقارب، من الآباء والأمهات والأبناء، وهي ثمرةٌ من ثمرات النكاح الصحيح، فلا تثبت بالزنا، وإلّا كان المحظور سبيلاً إلى النعمة، ومن ثَمَّ يكون الإغراء بالمعصية توصُّلاً إلى النعمة، وهذا نقض للأصل العام المجمع عليه، من أن النعمة لا تُنال بمحظور، ولمنافاة ذلك للحكمة الإلهية.

وأيضاً، لا تظهر مناسبة الوصف ـ وهو الزنا ـ للحكم، وهو حرمة المصاهرة، لعدم المشروعية.

والواقع، أن الحنفية لا يجعلون الوطء الحرام سبباً مباشراً لِحُرمة المصاهرة، حتى يرد عليهم أن النعمة لا تنال بمحظور، بل ولا يرتبون حرمة المصاهرة على الوطء الحلال بعينه[(٢)]، بل على «الولد» المسبَّب عنهما[(٣)]، بخلْق الله تعالى، لقوله سبحانه:

---

(١) حرمة المصاهرة معناها: حرمة تزوج الزاني بأم المزني بها، أو بابنتها، وكذلك حرمة تزوج الزانية بوالد الزاني بها ولا بولده.
أما إن حرمة المصاهرة نعمة، وهي من آثار النكاح الصحيح، فلأنها تلحق الأجانب بالأقارب من الأمهات والآباء والأبناء.

(٢) «أصول السرخسي» ص٩٢، و«كشف الأسرار»: (١/ ٢٨٧ ـ ٢٨٨)، و«التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (١/ ٢٢١ ـ ٢٢٢)، و«فتح القدير» للكمال ابن الهمام: (٢/ ٣٦٥ ـ ٣٦٦).

(٣) أي: عن الوطء الحرام أو الحلال، ويعبِّر الفقهاء عن «الولد» بلفظ «الجزئية» التي يعتبرونها علة الحكم بحرمة المصاهرة، وسواء أكان الوطء حلالاً أم حراماً.

﴿ثُمَّ أَنشَأْنَٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ﴾ [المؤمنون: ١٤] ولقوله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤].

فالولد مخلوق بخلق الله تعالى، وهو عينٌ لا حرمة فيه، ولا معصية في خَلْقِهِ[١]، فتثبت به حرمة المصاهرة بالنظر لكونه إنساناً آدمياً[٢]، والآدمية مناط الكرامة، لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِىٓ ءَادَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠].

فحرمة المصاهرة تثبت بالآدمية كرامةً للولد.

ألا ترى أن الزنا بالنسبة للمرأة جريمة، تُرجَم عليها، إذا كانت محصنَةً، لكن إذا حملت بالولد، كان لذلك الولد من الكرامة والاحترام، ما لغيره من بني آدم، ويُتَوقَّف في رجمها حتى تلد.

فإذا نُظر إلى الزنا من حيث كونه جريمة، أوجب حكم العقوبة، لأن سببيته أصلية، بخلاف ما إذا نُظِر إليه من وجه آخر، وهو أنه سبب مُفْضٍ إلى الولد، فيتغير حينئذ فقه المسألة، إذْ تُصبح سببية الزنا تبعيةً بالنظر إلى آدمية الولد الذي أصبح أصلاً بذاته، يستوجب أحكاماً أخرى تناسب آدميَته الواقعية.

وقد يثبت للشيء أحكام من وجه دون وجه.

وإذا ثبتت حرمة المصاهرة بالولد، كرامةً لآدميته الواقعية، ولأنه من صُنع الله تعالى، تعدَّت هذه الحرمة منه إلى أطرافه، من فروعه وأصوله، لعلة الجزئية أو البعضية، ألا ترى أن «الولد» يضاف إلى كلٍّ من أصْلَيْهِ الواقعيين كَمَلاً، فكان هو بعضاً منهما، وكان كلٌّ منهما بعضاً منه.

لكن لا يثبت نسبهُ إلى الزاني، لأن النسب تشريف، والزاني لا يستحق ذلك شرعاً. غير أن «الولد» وهو الأصل الذي أوجب حرمة المصاهرة، بما هو مخلوق

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) «كشف الأسرار»: (١/ ٢٨٨).

وقلنا إن الولد عَيْن أي: إنسان، والأحكام الشرعية من الحل والحرمة، تتعلق بالأفعال لا بالأعيان، وبذلك لا يمكن وصف الولد لا بالحل وبالحرمة، لعينيته.

بخلق الله، ومستكنٌ في الرَّحِم، أُقيم مُقامه السبب الظاهر، لخفائه، وهو الوطء، خَلَفاً عنه، لأن الأحكام تناط بالأسباب الظاهرة لا الخفية، كالسفر مع المشقة، فكان الوطءُ وهو السبب[١] خَلَفاً عن الأصل، وهو الولد المسبب عنه.

فلم يكن الوطءُ هو الأصلُ في إيجاب حرمة المصاهرة، بل نُظِر إليه على أنه سبب مفضٍ إلى وجود الولد الذي هو الأصل.

وبرهانُ كونِ «الولد» هو الأصل الذي أوجب حرمة المصاهرة، وهو عينٌ مخلوق بخلق الله تعالى، لا يتعلق به تحريم ولا معصية، وليس الزنا من حيث هو، أقول برهان ذلك: أن الوطء الحرام في الصغيرة، لا يوجب حرمة المصاهرة، لأنه زنا مجرَّدٌ لا يتسبب عنه الولد الذي هو الأصل، إذ لا يُخلَق في رَحِمِها في هذه السن.

والزنا المجرد الذي لا يتسبب عنه الولد، لا يوجب حرمة المصاهرة.

فالمعتبر إذن هو الوطء الذي يتسبب عنه الولد، لا مجرّد الوطء من حيث ذاتُهُ الذي لا يقترن بواقعة الحمل، إذ الزنا لذاته لا يصلح سبباً يُوجِب حكماً شرعياً يُثْبِت نعمةَ حرمةِ المصاهرة، بل هو خَلَفٌ عن الأصل[٢] الذي هو الولد، وهو لا يتَّصف بالحل ولا بالحرمة، إذ الحرمة تتعلّق بالأفعال لا بالأعيان.

وإذا انعدمت حرمة المصاهرة في حال الزنا بالصغيرة، لانعدام أصلها، وهو «الولد» فلا يُتصوّر تعدِّيها إلى أَصْلَيه، ومن ثَمَّ فلا تثبت حرمة المصاهرة بينهما، كما ذكرنا.

---

(١) ألحق الحنفية بالسبب دواعيه، من النظر، والمس بشهوة، والقبلة، فكل أولئك يوجب حرمة المصاهرة عند الحنفية. المراجع السابقة.

هذا، وقد أشار عمر بن الخطاب إلى هذه «البعضية» حين نهى عن بيع أمهات الأولاد، حيث قال: «كيف يبيعونهن وقد اختلطت لحومكم بلحومهن، ودماؤكم بدمائهن» [أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»: (٤/ ٤٠٠)].
مما يشير إلى أن الاختلاط قد شمل الزوجين، فأصبح كلٌّ منهما بعضاً للآخر بواسطة الولد، وكما أن الوطء الحلال مفضٍ إلى ذلك، فكذلك الوطء الحرام، ثم ألغي وصف الحرمة من الوطء، اعتباراً بالأصل الذي هو الولد، والعبرة في المناسبة والمشروعية للأصل، لا للخلف الذي قام مقامه، وهو الوطء.

(٢) «العناية مع فتح القدير» للبابرتي: (٢/ ٣٦٦).

فتلخص، أنْ ليس مجرَّد الوطء ـ لا الحرام ولا الحلال ـ هو المعتَبرُ في ثبوت حرمة المصاهرة، بل الوطء الذي هو سبب الولد والبعضية.

أو بعبارة أخرى هو الوطء المقترن بواقعة الحمل المستكنّ في الرحم المسبَّب عنه، ولا ريب أن إقامةَ حرمةِ المصاهرة على أساس الآدمية، والبعضية، تظهر فيها مناسبة الوصف للحكم بالمشروعية[1]، ولا وجه حينئذ للقول بنقض الأصل العام المجمع عليه في هذه المسألة.

ولا يقال إن سبب الحكم هو الزنا، والولد مسبَّب عنه، ومناسبة الوصف للحكم بالمشروعية، إنما تُراعى في السبب لا في المسبب، وأنتم جعلتموها في المسبَّب الذي هو الولد، فظهر بطلان المناسبة بالمشروعية، لأنّا نقول، إن الوطء ـ وهو السبب ـ أقيم خَلَفاً عن الأصل، وهو الولد، كما ذكرنا، لظهور السبب، وخفاء الولد، ونظير ذلك التيمُّم، أُقيم خَلَفاً عن الماء الذي هو الأصل، في الطهورية، عند فقدانه، أو العجز عن استعماله، ومناسبة الوصف للحمك، إنما تظهر في الأصل، وهو الماء، لا في الخَلَف، وهو التراب، لأن التراب من خصائصه التلويث لا التطهير. ، فكذا ما نحن فيه، فمناسبة الحكم وهو حرمة المصاهرة، تظهر في الأصل، وهو الولد، وهو لا حرمة فيه، لا في الخلَف وهو الزنا، فظهرت المناسبة بالمشروعية.

وإذا تحققت المناسبة كانت العلة (وهو الولد) مؤثرةً في الحكم، (وهو حرمة المصاهرة) فيوجد الحكم كأثر لها، لا للزنا من حيث هو.

وأيضاً، يُقيم الحنفية دليلاً آخر على ثبوت حرمة المصاهرة، في هذه المسألة، وهو القياس.

ومؤداه: أنَّ الوطءَ الحرام سبب مفضٍ لوجود الولد، فيتعلّق بهذا الوطء حرمة

(١) فسبب حرمة المصاهرة إذن الولد لا الزنا، والولد بما هو مخلوق لله تعالى، لا يتعلق به حكم التحريم، بل تثبت له الكرامة الآدمية التي توجب حرمة المصاهرة، كما أسلفنا، ولأن «الولد» عين والأحكام الشرعية من الحل والحرمة، تتعلق بالأفعال لا بالأعيان.

المصاهرة، قياساً على الوطء الحلال، لأنه أيضاً سبب مفض لوجود الولد، بناء على إلغاء وصف الحِلِّ شرعاً في المناط[١].

والشافعي يرى أن هذا قياس مع الفارق، لوصف الحِلِّ في الأصل المقيس عليه، وثبوت ضده في المقيس.

ويجيب الحنفية عن ذلك، بأن وصف الحرمة في الوطء الذي هو سبب حرمة المصاهرة مُلْغى شرعاً[٢].

وبيان إلغائه، أن وطء الحائض، والنفساء، ووطء المُحْرِم، والصائم، كله حرام، ومع ذلك تثبت به حرمة المصاهرة، فعُلِمَ أن المعتبر في الأصل، هو ذات الوطء، من غير نَظَرٍ إلى كونه حراماً أو حلالاً[٣].

وبهذا قال جماعة من الصحابة، وجمهور التابعين، وأحمد، ومالك في رواية، خلافاً للشافعي[٤].

ويتّجه على هذا الدليل القياس، أن وطء الحائض ومن إليها مُتَعَلَّق الحرمة فيه، وصفٌ مجاورٌ، لمكان الأذى، أو لانتهاك حرمة العبادة بالظرف المجاور أيضاً، وهو أمر وراء ذات الوطء، لأنه في أصله، وبقطع النظر عن الوصف المجاور، مباحٌ مملوكٌ بالنكاح، وليس كذلك الزنا، لأنه حرام لعينه، فافترقا[٥]، فلا يقاس المحرَّم لغيره على المحرَّم لعينه.

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) وخلاصة الدليل قياس الوطء الحرام على الوطء الحلال، بجامع أن كلاً منهما سبب مفض إلى وجود الولد، مع إلغاء وصف الحل والحرمة فيهما، لأن الشارع ألغى ذلك.

(٣) «فتح القدير»: (٢/ ٣٦٥ ـ ٣٦٦).

(٤) المرجع السابق.

(٥) إذ الحرمة في الأولى لوصف غيري مجاور، وفي الثاني الحرمة عينيه، فالقياس مع الفارق، والاستدلال به متهافت.

ويقول الإمام ابن الهمام في استدلاله بالقياس ما نصه: «اعلم أن الدليل يتم بأن يقال: هو وطء سببٌ للولد، فيتعلق به التحريم، قياساً على الوطء الحلال، بناء على إلغاء وصف الحل في «المناط» أي في مناط حكم الأصل، ويقصد إلغاء الوصفين، الحل والحرمة ليكون مُطلق الوطء المفضي إلى وجود الولد، بخلق الله تعالى.

وبيان ذلك أن أصل مشروعية وطء الحائض ثابتٌ كَمَلاً، لأن الحرمة لغيره، لا لعينه، أي لا لذات الوطء، لأنه مملوكٌ بالنكاح، إذ هي زوجته، كما ذكرنا، بل للأذى، وهو وصف مجاور، والمشروعية تجامع الحرمة لوصف مجاور، كما قدّمنا، لانفكاك الجهة، وعدم التلازم.

وإذا ثبتت المشروعية الكاملة، ترتبت عليها آثارها شرعاً.

أما الزنا، فالحرمة فيه عيْنية، فلم تثبت المشروعية أصلاً، للقبح العيني، والقبحُ العينيُّ يستلزم عدم المشروعية أصلاً، كما أسلفنا.

فأنّى يصح هذا القياس؟

لذا كان هذا القياس الذي أتى به الإمام الكمال بن الهمام ضعيفاً جداً لا يصمد أمام النقد الأصولي[1] الذي أصّل أصوله هو، فالاستدلال به متهافت، كما ترى.

والأوجَه ـ في نظرنا ـ أن يقال في إلغاء وصف الحرمة في الوطء، أنه خَلَفٌ قائمٌ مقام الأصل، وهو الولد، والولد لا حرمة فيه ولا عصيان، لأنه ـ كما ذكرنا ـ مخلوق بخلق الله تعالى، فيأخذ الخَلَفُ وصف الأصل لا وصف نفسه[2].

ألا ترى إلى التراب في التيمم، هو خَلَفٌ عن الماء الذي هو الأصل.

والقاعدة أنَّ الخَلَفَ يأخذ صفةَ الأصل، لا صفة نفسه.

وعلى هذا، يُلغى من التراب وصف التلويث، ويأخذ صفة الماء وهو الطهورية. فالعبرة بخصائص الأصل لا بخصائص الخَلَف.

فكذلك ما نحن فيه، يُلغى من الوطء ـ وهو الخَلَف ـ صفة الحرمة، ليأخذ صفةَ الولد، وهو الأصل الذي لا حرمة فيه ولا معصية، لأنه بخلق الله تعالى[3]، وذلك لقيام الوطء مقامَ ما لا يُوصف بالحرمة، كقيام التراب مَقام الماء الذي لا يوصف بالتلويث.

---

(١) «فتح القدير» للإمام الكمال بن الهمام: (٢/ ٣٦٥ ـ ٣٦٦).

(٢) «كشف الأسرار» للإمام عبد العزيز البخاري: (١/ ٢٨٩).

(٣) «كشف الأسرار» للإمام عبد العزيز البخاري: (١/ ٥٨٩).

لكنّا نرى أنّ الدليل الأول[1] أقوى حجةً، لما فيه من بيانٍ لحكمة التشريع، وبناء الحكم عليها، دون اقتصار على الأسباب الظاهرة التي لا تظهر فيها قُوَّةُ المناسبة للمشروعية.

ويؤيِّدُ هذا، استدلال الإمام السرخسي[2] في أصوله حيث يقول: «وحرمة الزنا ليست تثبُتُ بالزنا، ولا بالوطء الحلال بعينه، إنما الأصل فيه «الولد» المخلوق من المائيْن، وهو محترم، مخلوق بخلق الله تعالى، على أيِّ وجه اجتمع[3] الماءان في الرحم، كما قال تعالى: ﴿ثُمَّ أَنشَأْنَٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ﴾ [المؤمنون: ١٤] فلا يتمكن فيه صفة القبح، وتثبت الحرمة (حرمة المصاهرة) بطريق الكرامة له، ثم تتعدّى الحرمةُ إلى أطرافه[4] (فروعه وأصوله)، وإلى أسباب خَلْقه، فيقام السبب وهو الوطء في المَحلِّ الصالح لحدوث الولدِ فيه مَقامَ نفسِ الولد، في إثبات الحرمة، أي إثبات حرمة المصاهرة.

وبهذا التوجيه الأصولي، يتبدَّى لك، أن الأصل العام المجمع عليه، من أن المحظور، أو الأمر الحسي المنهيَّ عنه لذاته ـ بما هو جريمة، لا يصلح سبباً لحكم شرعي تثبت به النعمة، والكرامة ـ لا يُنتقض.

والخلاصة: أن حرمة المصاهرة حكم شرعي سببُه «**الولد**» ثبت كرامةً له، بحكم كونه إنساناً آدمياً بخلق الله تعالى، لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِىٓ ءَادَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠] وليس سببه الزنا من حيث هو، بل من حيث إنه سبب للولدِ، والجزئيَّةِ.

ودَليل ذلك، أن الزنا الذي لا يفضي إلى وجود الولد، ولا ينتج منه حمل، لا يوجب حرمة المصاهرة، كما في الصغيرة.

---

(١) أي: السابق على دليل القياس.

(٢) «أصول السرخسي»: ص٩٢.

(٣) وقوله: على أي وجه اجتمع الماءان، أي: ماء الرجل وماء المرأة في الرحم «أي على أي صفة، من الحل أو الحرمة»، لصيرورتهما خَلْقاً آخر بخلق الله تعالى، وهذا لا يوصف بالحرمة.

(٤) «التوضيح مع التلويح»: (١/ ٢٢١).

ثم تتعدّى حرمة المصاهرة من «الولد» إلى أطرافه من فروعه وأصوله بالجزئية أو البعضية.

وهذا - في الواقع - إناطةٌ للحكم بحكمة تشريعه، وتعليله بها.

وحكمةُ التشريع هي مقصودُ الشارع من الحكم، ولذا كانت مناطَه الحقيقي دون السبب الظاهر.

ولا يغيِّر من وجه المسألة أن يُناط الحكمُ بالسبب الظاهر وهو الوطء، لأنه أقيم مقام الولد، لخفائه، إذ الأحكامُ تُناط بالأسباب الظاهرة، ليستقيم أمر التشريع، وينضبط حكم القضاء، كإقامة السفر مُقام المشقة، مناطاً لكم الترخيص.

فالزنا - في الواقع - وإن كان سبباً ظاهراً أفضى إلى وجود الولد، باختلاط المائين، لكنه خَلَفٌ في الأصل، والأصلُ هو المناط الحقيقي للحكم في اعتبار الشارع.

والمناط الحقيقي هو ما يسمى بحكمة التشريع، وهو مقصود الشارع، كما ذكرنا.

هذا، والخَلَفُ - وهو الزنا - لا يأخذ خصائصَ نفسه، من الحرمة، بل يأخذ خصائص الأصل، وهو الولدُ، بحكم كونه إنساناً آدمياً لا حرمةَ فيه، لأنه من صنع الله تعالى.

نظيرُ ذلك «التراب» سببٌ لحكمٍ شرعيٍّ وهو التطهير، لكنه خلف عن الأصل، وهو الماء، فيأخذ خصائص الأصل من الطهورية، لا خصائص نفسه من التلويث.

وإذا كان «الولد» هو المناط الحقيقي للحكم الشرعي من حرمة المصاهرة، فهو سببٌ غيرُ محظور، لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنشَأْنَٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ﴾ [المؤمنون: ١٤]، ولقوله سبحانه: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤].

المسألة الثانية:

وأما الغصْبُ - وهو فعلٌ ضارٌّ محظورٌ ومعصيةٌ، لما فيه من العدوان على مال الغير بدون حقٍّ - فلا يصلح أن يكون سبباً لحكم شرعي تثبت به نعمة المِلْك[1].

(١) فالمناسبة بين علة الغصب وحكم الملك، منعدمةٌ شرعاً، بمعنى أنه لا يصحُّ تعليل حكم الملك بالغصب، إذ يُشترط أن تكون العلة مناسبةً للحكم شرعاً.

إذ لو كان المحظور يصلح سبباً لحكم الملك، لَفُتِحَ باب الغصب وما إليه، وكان التسليط على اقتراف المحظور، توصُّلاً إلى النعم، ولا تخفى منافاة ذلك لأصول التشريع كله، ومن الحق والعدل، فضلاً عن منافاة ذلك للحكمة الإلهية.

والحق، أن اجتهاد الحنفية ليس قائماً على أساس جعل الغصب سبباً مباشراً للملك، بحيث يكون الملك مقصوداً بالغصب قصداً أوليّاً، بل يثبت الملك ـ في اجتهادهم ـ شرطاً ضرورياً للقضاء بالتضمين على الغاصب عند فوات المغصوب، ثابتاً بالاقتضاء.

وبيان ذلك: أنه لا نزاع في أن الغصب سببٌ مباشرٌ للضمان أصالةً، لا للمِلْكِ، بمعنى أن الضمان حكم شرعي مقصود للشارع أصالة بسبب الغاصب.

هذا والضمان الذي مرده إلى الضرر المالي نوعان:

أ ـ ضمان الردِّ، وهو التزام على الغاصب، بردِّ عين المغصوب إن كان قائماً، وليس في هذا الضمان معنى المعاوضة أصلاً.

ب ـ ضمان تلف أو فوات المغصوب، بالمثل أو القيمة، جبراً وتعويضاً عادلاً عن الفائت، بعد طروء عارض التلف أو ما في حكمه، فالضمان بَدَلٌ عن التالف، فمعنى المعاوضة أو البدلية ملْحوظٌ، كما ترى.

وعلى هذا، فالغصب ـ عند هلاك المغصوب أو ما في حكمه[1] ـ سببٌ مباشرٌ لضمانه، تعويضاً وجبراً، وهذا التضمين أثرٌ مباشرٌ مقصودٌ مسبَّبٌ عن الغصب.

إذن، الضمان حكمٌ شرعيٌّ مقصود بذلك السبب وهو الغصب، ويملكه المغصوب منه على سبيل المبادلة أو المعاوضة، نظيراً للمغصوب الفائت، وعوضاً عنه.

فلو بقي المغصوب على ملك المغصوب منه بعد القضاء له بحكم الضمان،

---

(١) أو ما في حكم الهلاك، كما إذا أحدث الغاصب في المغصوب صُنْعاً، فزاد فيه من ماله على نحو يتعذَّر فصله عنه، وتتغير به ماهيته واسمه، فإن حق المالك ينقطع عن المغصوب، وينصرف حقه إلى الضمان بالمثل أو القيمة، ولا يحل له الانتفاع إلّا بعد أداء الضمان، وترضية المغصوب منه، سدّاً لباب الغصب.

لاجتمع «البَدَلان» في ملكه، وذلك غيرُ جائزٍ، لانتفاء معنى البدَلية والمِثْلية في الجزاء. لذا، اقتضى تصحيح الحكم الشرعي بالضمان على الغاصب، بدلاً من المغصوب الهالك، ثبوت الملك في هذا المغصوب للغاصب، لا لينتفع به الغاصب، كما هو الشأن في الملك التامِّ، بل هو ملك من نوع خاص يُثْبِتُ ضرورةَ منع اجتماعِ البدلين في ذمة واحدة[١]، أعني ذمة المغصوب منه، تحقيقاً لمعنى المبادلة التي هي أساس الحكم الشرعي بالتضمين.

إذن، ثبت الملك للغاصب شرطاً لتصحيح الحكم الشرعي بالتعويض العدل عوضاً، اقتضاءً، ولم يثبت مسبباً عن الغصب مباشرةً وأصالةً ومقصوداً لذاته.

أو بعبارة أخرى: هو شرطٌ ثبت اقتضاءً، للضرورة، وليس أثراً مباشراً للغصب، ومقصوداً به.

وما ثبت اقتضاءً لصحة الحكم شرعاً، يكون مشروعاً، لأنه ثبت تبعاً لغيره، وهو الحكم الشرعي بالتضمين، لا أصالةً مقصوداً لنفسه، إذ الشرط تابعٌ للمشروط بداهة، فيستمد التابعُ مشروعيته من متبوعه من هذا الوجه، والحكم الشرعي هنا عدلٌ مشروعٌ، فكذلك التبَعُ.

ألا ترى أن الشرط يسقط تبعاً لسقوط مشروطه، كالوضوء للصلاة[٢].

ونظير ذلك، جنسُ الشروط التي وضعها الشارع لصحَّة مشروطاتها، أو لتكميل حكمة مشروعيتها.

سلَّمنا جدلاً أن الغصب سبب للملك في هذه الحال، لكن سببيته غيرُ مقصودة[٣]،

---

(١) أي ضرورة منع اجتماع ملك المغصوب، وملك الضمان في ذمة المغصوب منه، لولم نقل بانتقال ملك المغصوب الهالك، إلى الغاصب، وذلك تحقيقاً لما تضمّنه هذا الحكم الشرعي بالضمان من معنى المبادلة أو المعاوضة، وأساس المعاوضة العادلة، المثلية في البدلين أو القيمتين، ولا مبادلة ولا مثلية إذا اجتمع البدلان في ذمة واحدة، لذا، كان ثبوت الملك للغاصب اقتضاءً، لتصحيح الحكم بالتضمين معاوضة، لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦].

(٢) «كشف الأسرار على أصول البردوي» للإمام عبد العزيز البخاري: (١/ ٢٨٦ ـ ٢٨٧).

(٣) لأنه ملك حرام سببه الغصب.

بل تابعة لسبيته المقصودة للضمان، للضرورة، وما ثبت اقتضاءً وضرورةً لتصحيح الحكم شرعاً، يكون مشروعاً.

وعلى هذا، لم يثبت الملك مقصوداً بسبب محظور، حتى يناقض مقتضى الأصل العام المجمع عليه، من أن النعمة لا تنال بمحظور.

يؤيِّدُ ما ذهبنا إليه، ما جاء في السُنّة، من أن النبي ﷺ زار قوماً، فذبحوا له شاة، فجعل ﷺ يمضغ لحمها، ولا يستسيغه، فسألهم عن ذلك، فقالوا: شاة لفلان ذبحناها، حتى يحضر، فنُرضِيه. فقال رسول الله ﷺ: «**أطعموها الأُسارى**»[1].

ووجه الاستدلال، أن ذبح الشاة صنعٌ أحدثه الغاصب في المغصوب، فأتْلَفَه، فقطع حقَّ المالِكِ عنه، وانتقل حقُّه إلى الضمان، وثبت حقُّ الملك في المغصوب التالف للغاصب شرطاً لصحة الحكم بالتضمين، بدليل أن الرسول ﷺ أمرهم بالتصدق بها، ولولا أنهم ملكوها، لما صحَّ أمرَهم بالتصدُّق، إذ التصدق لا يصح بملك الغير بدون ولاية.

وأيضاً لو لم ينتقل الملك إلى الغاصب، لأمرَهم ببيعها، والاحتفاظ بثمنها، لأدائه لصاحبها حين حضوره.

فدلَّ ذلك على أنهم ملَكُوها، إذ التصدُّق لا يصح بملك الغير بدون ولايته. غير أن هذا الملك ليس تاماً يحلُّ الانتفاع به، بل هو من نوع خاص ـ كما ذكرنا ـ لأنه ثبت اقتضاءً للضرورة، فالمشروعية ثابتة، ولكنها ناقصة، ولهذا أمرهم الرسول ﷺ بالتصدق بها، **لأن الملك الحرام سبيله الصدقة تخلُّصاً منه**، وذلك لشُبهة الغصْب الذي ينتفي معه حكم الحِلِّ، وهي لازالت قائمةً، **فثبت المشروعية مع حرمة الانتفاع**، عملاً بمقتضى النهي عن المحظور، ولو كان الملك صحيحاً ثابتاً بسبب مشروع أصالة، ومقصوداً لذاته، لا تبعاً وضرورةً واقتضاءً، لحلِّ الانتفاع به.

فالسنة أثبتت ملك المغصوب التالف، للغاصب، مع عدم حلِّ الانتفاع.

---

(١) أخرجه أبو داود: ٣٣٣٢، وأحمد: ٢٢٥٠٩، من حديث رجل من الأنصار، وإسناده قوي.

إذن، الملك الثابت اقتضاءً وضرورةً، لتصحيح حكم شرعي، ليست له خصائص الملك التام الصحيح بسبب شرعيٍّ صحيح، فالمشروعية في الملك الضروري أو الاقتضائي ناقصة ـ كما ترى ـ للشبهة، كما أشرنا، فيثبت الملك بقدْرٍ، ولا يحلُّ الانتفاع به.

ولأن ما ثبت للضرورة، يتقدر بقدْرها، والضرورة في ثبوت أصل الملك، ولا ضرورة في أثره من حل الانتفاع، إلّا بعد أداء الضمان، من القيمة أو المثل، وترضية المالك، منعاً لفتح باب الغصب، وهو فعل حسِّيٌّ محرَّم لعينه.

ونحن نرى أنَّ تلف المغصوب أو ما في حكمه، عارضٌ طارئٌ نشأ عنه دليلٌ شرعيٌّ جديدٌ اقتضى ثبوت حكم الملك للغاصب، فلم ينشأ الملك عن الغصْب بما هو مناطٌ عامٌّ لضمان رد المغصوب عيناً، قبل طروء هذا العارض.

وبيان ذلك:

أن الغصب سبب أو مناط عام يستوجب ضمان ردِّ المغصوب عيناً إذا كان قائماً، وهذا قدْر متفق عليه، ولا نزاع فيه.

غير أن عارض هلاك المغصوب، أو ما في حكم الهلاك، وقد طرأ فعلاً، نشأ عنه دليلٌ جديدٌ، هو وجوب ردُّ المغصوب معنى، لتعذُّرِ رده صورة ومعنى، وهذا ضَرْبٌ من النظر في المآل.

ورد المغصوب معنى، حكم شرعي نشأ عن عارض التلف هذا، وهو يتضمَّن معنى المعاوضة، أو البَدلية، لأن الحكم الشرعي بالتضمين، معناه: الحكم بالبدل أو العوض، بمعنى أن ما حُكِمَ به من المثل أو القيمة للمغصوب منه، إنما كان بدلاً أو عوضاً عن المغصوب التالف، وإلّا فلا يستند الحكمُ بالتضمين إلى أساس فقهي سليم، ولا على أصل الاعتداء بالمثل.

إذا تقرر هذا، فإن «**معنى المعاوضة**» الذي ثبت ضمناً، واقتضته ضرورة تخريج الحكم الشرعي بالتضمين على أساس فقهي سليم، لا يتحقَّق، إلّا إذا كان البَدَلان مملوكَيْن لطرفيْ هذه المعاوضة، لا لواحد منهما، فلو لم ينتقل الملك للغاصب، لما

تحقق معنى المعاوضة أصلاً وبداهةً، ومن ثَمَّ فلا يصحُّ الحكم الشرعي بالضمان، لأنه قائم على أساسها، وذلك لاجتماع البدَلَيْن في ذمة واحدة ـ هو المالك، ولا ينال الغاصب في نظر التعويض الذي يدفعه للمالك شيئاً، فلا تتحقّق بالتالي المثلية في الاعتداء، أي أن يكون التعويض مثلاً للمعوّض عنه، وهذا ما أشار إليه الإمام الكاساني بقوله: «إن ملك الغاصب يزول عن الضمان[1]، فلولم يَزُل ملك المغصوب منه عن المضمون[2]، لم يكن الاعتداء بالمثل».

ويقصد بذلك أن انتفاء معنى المعاوضة، ينفي كون الاعتداء بالمثل، وهو خلاف النص، من قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] أي: أن ما يناله المالك من العوض ينبغي أن يكون مثل المعوَّض عنه الذي مَلَكَهُ الغاصب.

ثم يتابع الإمام الكاساني قوله: «ولأنه إذا زال ملك الغاصب عن الضمان، وأنه بدَلُ المغصوب، (معاوضة) لأنه مقدَّرٌ بقيمته، وملك المغصوب منه البدل[3] بكماله، لولم يزل ملكه عن المغصوب، لاجتمع البدل والمبدل منه في ملك المالك، وهذا لا يجوز[4]، أي لانتفى معنى المعاوضة التي لا يصحُّ الحكم الشرعي بالتضمين عدالةً إلّا على أساسها».

وبهذا يتبيَّن لك أن الحكم الشرعي بالملك للغاصب، لم يكن منشؤه الغصب من حيث هو مناطٌ عامٌّ، قبل عارض التلَف، لأن الأصل أن الغصب مناط عام للحكم بضمان الردُّ عيناً، وإنما اقتضى الحكم بالملك، دليلٌ جديدٌ نشأ عن هذا العارض.

وهو التلف أو ما في حكمه، كما ذكرنا.

والعوارض الملابسة منشأٌ لأحكام جديدة تُناسِبُها عدلاً، لتحقق مناطاتها الخاصة فيها.

---

(١) ملك القيمة أو المثل الذي حُكِم به على الغاصب عوضاً عن المغصوب التالف ينتقل إلى المالك.

(٢) «المضمون» أي: المغصوب الذي هلك أو استهلك.

(٣) إشارة إلى أن الحكم الشرعي بالضمان، يتضمن معنى المعاوضة والبدلية، بسبب عارض التلف.

(٤) «البدائع»: (٧/ ١٥٢ ـ ١٥٣)، و«المبسوط»: (١١/ ٦٩)، و«أصول السرخسي»: (١/ ٩٣).

رد على بعض الفقهاء المُحْدَثين في ذهابهم إلى أن المحظور قد يكون سبباً للحكم الشرعي الذي هو نعمة:

الشرع الإسلامي ليس من سماته التناقض، فالسببُ المحظور لا يصلح سبباً لحكم شرعي هو نعمة يقصدها المكلَّف.

غير أن بعض الفقهاء المحدثين، ذهب به الظن إلى أن ذلك واقع، نتيجةً للنظر البادي، دون التعمق في فقه المسألة، وضرب لذلك مثلاً، الصلاة في الأرض المغصوبة، فإنها محظورة، ومع ذلك فإنها تكون سبباً لسقوط الفرض، وحصول الثواب، وهو نعمة.

وهذا قول تَعوزُه الدقّةُ، فالحظر هنا مقتضىً لنهي المتعلّق بالغصب نفسه لا بالصلاة، فالصلاة من حيث هي ليست سبباً محظوراً، لأنها مشروعة بل مفروضة، وإنما المحظورُ فعلُ الغصْب، وهو وصفٌ مجاورٌ، فتثبت المشروعية للصلاة، ويترتب أثرها عليها من تبرئة الذمة وسقوط القضاء في الدنيا، والثواب في الآخرة، لعدم تأثير الوصف المجاور عليها، لا أصلاً، ولا وصفاً لازماً، ولأن الغصب وصف قائمٌ بالمصلِّي لا بالصلاة من حيث هي، وهذه هي المجاورة، إذ الصلاة تامّةُ الأركان والشرائط والخصوصيات، ولكن المكلَّف هو الذي جمع بين الصلاة والغصْب، فكان لكلٍّ منهما حكمه، ولا منافاة.

فتبين لك، أن ترتب أثر الصلاة إنما كان بالصلاة نفسها، لكمال مشروعيتها من حيث هي، لا بالمحظور الذي هو فعل الغصب، فظهر الفرق.

غير أن الغصب، بما هو محظورٌ في ذاته وأداء الصلاة بما هو فعل شاغلٌ لملك المغصوب منه، قهراً، فقد لابَسَ الأداء الفسادُ مجاورةً، لا وصفاً لازماً قائماً فيه، وهذا لا تأثير له على المؤدَّى[1] وهو الصلاة، لتحقق معناها، أركاناً وشرائطَ وخصوصياتٍ، فاستلزم ذلك المشروعية، وهو ترتُّبُ الأثر مع الكراهة، لمقتضى النهي

(١) «المؤدّى»: اسم مفعول من «أدّى»، وهو هنا الصلاة.

المتعلق بالغصب لا بالصلاة التي بقيَتْ مشروعةً كَمَلاً، على الرغم من النهي عن الوصف المجاور لها، وكلامنا في المحظور لذاته من الأمور الحسية لا الأمور الشرعية، فهذا في غير محلِّ النزاع، كما ترى. وعلى هذا، فلم يكن المحظور سبباً للحكم الشرعي، كما ظن الباحث.

والخلاصة: أنّ الغَصْب ليس سبباً مباشراً لحكم شرعيٍّ يثبت به ملك المغصوب للغاصب، أثراً مقصوداً أصالةً بالغصب، لأن الغصب أمرٌ حسِّي منهي عنه لذاته، لا مشروعية له أصلاً، وإنما يثبت الملك للغاصب مقتضًى، لتصحيح الحكم الشرعي بتضمين الغاصب، عند فوات المغصوب، ليتمَّ تخريج الحكم بالتضمين على أساس المعاوضة أو البدَلِية.

إذ الضمان بدل عن المغصوب الفائت[1].

نظيرُ ذلك، ترتيبُ الشارع انتقال الملك إلى المشتري بالعقد الفاسد، بعد القبض، يثبت مقتضًى، لتصحيح تصرف المشتري إلى الغير بعقد صحيح، لأن من لا يملك لا يستطيع أنْ يملِّك غيره ـ وإنما ثبت مُقتضى لهذه الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، بدليل أن انتقال هذه الملكية، وسقوط حق البائع في الفسخ، لا لتمكين المشتري من الانتفاع، بل لتصحيح التصرُّف فقط على سبيل الاقتضاء، لأن الملك بالعقد الفاسد لا يُحلُّ الانتفاع بمحلِّه.

ومعنى المعاوضة الذي تضمنه الحكم الشرعي بالتضمين أساساً شرعياً له هذا المعنى، ينتفي، لو لم ينتقل ملك المغصوب المعوَّض عنه من المالك إلى الغاصب، منعاً لاجتماع البدلين في ذمة واحدة، كما تنتفي المثلية في الجزاء بين الطرفين، وهذا لا يجوز، فكان تقدير ثبوت الملك للغاصب اقتضاء، كشرط يصحح الحكم الشرعي.

إذن هو ملك ضروريٌّ أو اقتضائيٌّ، من نوع خاص، ليست له خصائص الملك

---

(١) «الضمان في الفقه الإسلامي» للشيخ علي الخفيف ص٢١٥.

وراجع في هذا البحث: «المبسوط»: (١١/ ٦٩)، و«البدائع»: (٧/ ١٥٢ ـ ١٥٣)، و«أصول السرخسي»: (١/ ٩٣).

التام كالملك في العقد الفاسد بعد القبض، إذ لم يثبت للغاصب تمكيناً له من حِلِّ الانتفاع، لعدم اقتضاء الضرورة إلّا لإثبات أصل الملك، تصحيحاً للحكم، والضرورة تقدَّرُ بقدرها، وهو ما جاءت به السنة، على ما فصّلنا.

على أنه يحل الانتفاع بعد أداء الضمان وترضية المالك، منعاً لفتح باب الغصب. وإذا كان الحكم الشرعي بالتضمين عدلاً، وثبوت الملك للغاصب شرطاً لصحته، فإن الشرط تابعٌ للمشروط، فيستمِدُّ شرعيته من متبوعه، وهو الحكم الشرعي، لا من الغصب المحظور لعينه.

ودليل تبعيَّةِ الشرط، أنه يسقط بسقوط مشروطه، كالوضوء بالنسبة للصلاة.

وأيضاً، ما توقف عليه الحكم الشرعي بالعدل، هو عدلٌ لا محظورَ فيه.

على أن حكم الملك للغاصب ثبت بطروء عارض التلف وما في حكمه، لا بسب الغصب مباشرةً، كأثر مقصود به، إذ الغصبُ مناطٌ عامٌ لضمان ردِّ المغصوب عيْناً، إن كان قائماً، لكن عارض التلَف الطارئ تضمنَّ مناطاً خاصاً اقتضى حكماً جديداً يناسبه، تحقيقاً لمعنى المعاوضة والعدل، وأخرجه من مقتضى المناط العام للغصب، فليس حكم الملك إذن منشؤه الغصبُ مباشرةً، بل الدليل الجديد الذي نشأ عن هذا العارض المُلابس الطارئ[1]، تحقيقاً للعدل، والمثلية في الجزاء، كما ذكرنا.

وبذلك تبيَّن لك بجلاءٍ أن الغصب ـ في اجتهاد الحنفية ـ ليس سبباً مباشراً لحكم شرعيّ تثبتُ به نعمةُ المِلك مقصوداً أصالةً بالغصب، كما ذكرنا.

المسألة الثالثة:

هل استيلاء الكفار على أموال المسلمين من المنقولات والعقارات، وإحرازهم إيّاها في دار الحرب، سببٌ شرعيٌّ لثبوت مِلْكيتهم لها، وزوال مِلْك المسلمين عنها؟

إلى هذا ذهب الحنفية، وخالفهم الشافعية.

وتتلّخص أدلّة الحنفية فيما يلي:

---

(١) راجع «المناط الخاص» سبباً من أسباب اختلاف الفقهاء.

أوّلاً: إنّ الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة، فلم يثبت في حقّهم حرمةُ ذلك، فكانوا كمن لم يخاطَب من المؤمنين بحكم النهي عن ذلك أصلاً، فأصبح هذا الاستيلاء بالنسبة إليهم مباحاً، كاستيلائهم على الصَّيد المباح، سواء بسواء.

ولما شعر الحنفية بضعف هذا الدليل، لأن كثيراً من الأصوليين والفقهاء قد ذهبوا إلى أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة، أتوا بالدليل التالي[١].

الثاني: إن أصل الاستيلاء ـ أي من حيث ذاته ـ ليس أمراً حسيّاً منهيّاً عنه لعينه، حتى تنتفي مشروعيته أصلاً، فلا يصلُح بالتالي سبباً لحكم شرعي يثبت به المِلْك الذي هو نعمة، لانْخِرام أصل المناسبة بين العلة والحكم، بل الاستيلاء منهي عنه لغيره.

والأصل: أن المنهي عنه لغيره ـ في اجتهاد الحنفية ـ يوجب بقاء المشروعية[٢] في الأصل دون الوصف، حتى يقوم الدليل على أن النهي ينصب على عيْن المنهيِّ عنه، ولم يثبت.

هذا، ودليل كون الاستيلاء ـ في الأصل ـ مشروعاً، وأنه منهيٌّ عنه لغيره لا لعينه، أن الشارع اعتبره سبيلاً مشروعاً إلى تملُّكِ المباح العام، إذا قصد المستولي ذلك وأحْرَزَهُ فعلاً.

وتأسيساً على هذا، فإن نهي الكفار عن الاستيلاء على أموال المسلمين، سببهُ «عصمةُ» هذا المال، لا عيْنُ الاستيلاء من حيث هو، حتى إذا زالت العصمة، سقط حكم النهي عن الكفار، وهو الحرمة، وأصبح الاستيلاء بالنسبة إليهم مشروعاً مباحاً، يثبت به مِلْكُهم إيّاها، وذلك يقتضي زوال مِلْك المسلمين عن أموالهم، ضرورةَ أن الملكية لا تزول إلى غير مالك.

---

(١) وقد أكد هذا المعنى الإمام عبد العزيز البخاري، «لأنها ـ العصمة ـ إنما تثبت بالخطاب بالإجماع، ولم يثبت الخطاب في حقهم، لانقطاع ولاية التبليغ والإلزام، فكانوا في حق هذا الحكم، أعني ثبوت العصمة، بمنزلة من لم يبلغه الخطاب من المؤمنين»، «كشف الأسرار»: (١/ ٢٨٤).

(٢) «المرجع السابق»: (١/ ٢٦٥ وما يليها)، و«نهاية السول مع حاشية سلم الوصول»: (٢/ ٢٩٦ وما بعدها)، و«التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (١/ ٢٢١)، و«أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ وما يليها)، و«المعتمد في أصول الفقه»: (١/ ١٨٣ وما يليها) طبع المعهد الفرنسي ١٩٦٤، و«الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي: (٣/ ٢٨٢ وما يليها).

أما أنَّ هذه «العصمة» قد زالت، فلأن عصمة المال معناها: «كونه مُحَصَّناً» محرَّمَ التعرض له، لحق الشرع، أو لحق العبد[١].

والعصمة بهذا المعنى، تنتهي وتسقط، بانتهاء سَبَبِها، وهو الإحراز، يداً وداراً[٢]، لأنها تثبت به.

وبيان ذلك، أن الإحراز بالنسبة للمسلمين يتمُّ بوضع اليد فعلاً، وحرية التصرف، وكون المحرز في دار الإسلام، وثبوت الولاية عليه، وكل ذلك قد انتهى، بإحراز الكفار المال في ديارهم، فتنقطع بذلك ولايتنا عليهم، فتسقط العصمةُ ضرورةً، لانتفاء سببها.

وقد علمتَ أن قيام «العصمة» هي علة حكم النهي عن الاستيلاء، لا عينه، وبسقوطها يسقط حُكمه، وهو الحرمة، فلم يبق الاستيلاء في حقهم محظوراً، بل مباحاً، والاستيلاء المشروع يثبت به الملك شرعاً.

لكن يتّجه على هذا، أن رقاب المسلمين يشملُها هذا الحكم، لاستواء عصمة النفس وعصمة المال في الحكم، شرعاً، فلو أن مسلماً وقع في يدِ الكفار أسيراً: سقطت عصمته: حريةً أو دماً، بالنسبة إليهم، لانقطاع ولايتنا عليهم، وهذا لم يقُلْ به أحد.

غير أن فقه الحنفية يقيم التفرقة بين سبب كل من عصمة النفس، وعصمة المال، فالأولى سببُها قائمٌ بالمسلم نفسه، من حيث هو مسلم، فتتأكد عصمةُ حريتِهِ ودمِهِ بالإسلام نفسه، وهو وصفٌ قائم فيه، فلا تنتهي بالأسر، بل لا تسقط بحال، إلّا بارتداده، والعياذ بالله!

بخلاف الثانية ـ عصمة المال ـ لأن سببها معنى قائم بالمال نفسه[٣] لا بمالكه

---

(١) المرجع السابق، و«التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (٢/ ٢١٦).

(٢) يقصد باليد: حرية تصرفه فيما استولى عليه، وأما الدار، فتعني دار الحرب، أي دولة الأعداء، «كشف الأسرار»: (١/ ٢٨٥)، و«أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ وما يليها)، و«التوضيح» لصدر الشريعة: (٢/ ٢١٦ وما يليها).

(٣) والمال هو: محل الاستيلاء.

المسلم، وهو الإحراز في ديارنا، وذلك ينتهي باستيلائهم عليه، يداً وداراً، وبانتهائه تنتهي العصمة، لأنها منوطة به.

وإذا سقطت العصمة سقط حكم النهي عن الاستيلاء، وأصبح مشروعاً بالنسبة للكفار، فيثبت به الحكم الشرعي وهو الملك، كما أشرنا.

فحكم الملك للكفار إذن لم يثبت بأمرٍ حسّيٍّ، أو بسبب غير مشروع لعينه، بل بالاستيلاء المباح.

فتحقق بذلك التناسب بين السبب ـ وهو الاستيلاء المشروع ـ والحكم الشرعي المترتب عليه، وهو الملك، فلم يُعْد للاعتراض وجه، لخروج هذه المسألة من محلٍّ النزاع.

واحتج الحنفية أيضاً بقوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِّنَ ٱللَّهِ وَرِضْوَٰنًا وَيَنصُرُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓ ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلصَّٰدِقُونَ﴾ [الحشر: ٨].

ووجه استدلالهم، أن الآية الكريمة تدلُّ بطريق الإشارة، على أن المهاجرين قد زال مُلكهم عن أموالهم التي تركوها في مكة، لأن وصفهم بكونهم فقراء ـ والفقير حقيقة من لا يملك شيئاً ـ يستلزم عقلاً وبالضرورة، ألا تكون أموالُهم باقيةً على ملكهم بعد اضطهادهم وإخراجهم من ديارهم، وإلّا ما كان لهذا الوصف وجه!

وزوال ملك المهاجرين عن أموالهم، حتى أصبحوا فقراء، يستلزم أيضاً انتقالها إلى الكفار بالاستيلاء عليها، وإحرازها في ديارهم.

ولا نعني بسقوط العصمة إلّا هذا.

وإذا سقطت العصمة، ، فقد سقط حكم النهي عن الاستيلاء، وأصبح مباحاً بالنسبة للكفار، لأن حكمَ النهي سببُه هذه العصمة، كما ذكرنا، فيزول الحكم بزوال علَّتِهِ.

واحتجوا أيضاً، بأنْ لو كانت أموال المسلمين باقيةً على ملكهم، رغم إخراجهم من ديارهم، واستيلاء الكفار عليهم، لأطلق عليهم القرآن الكريم كلمة «**أبناء السبيل**» وهم من انقطعت صلتهم بأموالهم لبعدهم عنها، ولم يُسَمِّهم «فقراء» فدلّ ذلك على أنهم فقراء حقيقةً قد زالت مِلْكيتهم عنها، وهذا ما نقولُ به.

ويتجه على الحنفية في هذا الاجتهاد ما يلي:

أولاً: إن عصمة المسلم، حريةً ونفساً وملكية، مناطُها «الإسلام» نفسه، وهذه «العصمة» لا تسقط شرعاً إلّا بحق[١]، وليس الاستيلاء منه، لقيام سببها، وهو الإسلام.

فمال المسلم إذن معصومٌ شرعاً، أينما كان، وفي أيِّ يد ظالمة وقع، كعصمة حريته ودمِهِ، فلا يجري حكمُ الرق في حقه لو ضربه الكفار عليه، ولا تسقط عصمة حريته بذلك، لتأكدِّها بالإسلام نفسه، كما لا تسقط عصمةُ دمه بتسلُّط الكفار عليه إجماعاً.

برهانُ ذلك في الكتاب والسُنة، من مثل قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] مما يفيد النفي مستقبلاً وعلى التأبيد.

ومن مثل قوله ﷺ: «**أُمِرْتُ أنْ أُقاتِل الناس، حَتى يقوُلوا لا إله إلّا الله، فإذا قَالُوها، فقد عَصَمُوا منّي دِمَاءَهُم وأموالهم**»[٢].

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة، أنَّ وصف «الإيمان» هو مناطُ نفيٍّ مشروعية كل سبيل وسلطان للكافرين على المؤمنين، فلا ولاية لهم أصلاً، وبأيِّ سبب كان، من الأسباب الشرعية، إذ ليس المُراد السبيل الحسي بالإجماع.

ثانياً: وأما قول الحنفية، إنَّ حكم الآية الكريمة خاصٌ بالرقاب دون الأموال، أي بعصمة الحرية والنفس دون المال، فلا دليل عليه، بل الدليل قائمٌ على نفي هذا الخصوص، لأن كلمة «سبيلاً» في الآية، نكرةٌ في سياق النفي، فتعمُّ كل سبيل، سواء أكان سلطاناً على النفس أم المال.

إذن، التفرقة التي اصطنعها الحنفية بين النفس والمال، من حيث سبب العصمة في

---

(١) تسقط عصمة دمه بجريمة القتل العمد العدوان إذا ارتكبه، أو بالارتداد، كما تسقط عصمة ماله، بعدم أدائه الزكاة، فتؤخذ منه جبراً، أو بهتك الحرمات الدينية، أي بمباشرته سبباً غير مشروع، بخلاف استيلاء الكفار على ماله، لأنه مَحْضُ اعتداء عليه.

(٢) أخرجه البخاري: ٦٩٢٤، ومسلم: ١٢٤، وأحمد: ٦٧، من حديث أبي هريرة.

كلٍّ منهما، مجردُ تحكُّم، لا ينهض بها أساس فقهي معتبر، بل ثمة من الأدلة ما ينفي أصلها، وذلك من مثل قوله ﷺ: **«أُمرتُ أن أقاتل الناس، حتى يقولوا لا إله إلّا الله، فإذا قالوها، فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم»**[١].

ووجه الاستدلال بالحديث الشريف، أنه جعل «الإسلام»[٢] ـ وهو النطق بالشهادتين ـ مناطاً لعصمة النفس والمال، وهو صريح.

ثالثاً: أما قولهم إن الاستيلاء ليس مُحرّماً لذاته، لأنه في الأصل مشروع، وإنما حُرِّم لعصمة المال، وقد سقطتْ بالاستيلاء فصار مشروعاً.

ثم يردفون قائلين: إنّ ما كان مشروعاً في الأصل، ثم سقط سبب مشروعيته، بفعل يستمر كالاستيلاء، فإن هذا الاستمرار يجعل للاستيلاء حكمَ الابتداء، وقد كان مشروعاً ابتداءً، فيغدو مشروعاً بقاءً ودواماً، فيجاب عن ذلك بما يأتي:

أ ـ إن القول بأن هذا الاستيلاء ليس محرّماً لذاته، مردودٌ، لأنه حين وقع ابتداء على هذا المال، فقد لاقى محلاً معصوماً محترماً، فكان اعتداءً محضاً منذ البداية، والعدوان المحض محرَّمٌ لعينه، لا لغيره، لانتفاء مشروعيته أصلاً، فلا يصلح بالتالي سبباً لحكم شرعي يثبت به الملك للكفار بمباشرة هذا السبب بحال.

ب ـ **أما قولهم**: إن الاستيلاء من الأفعال الممتدة المستمرة، وإن استمرار استيلائهم على المال يكون سبباً لملكه، بحجة أن ما يستمرُّ من الأفعال ويدوم، يكون لدوامه حكم ابتدائه، وما كان مشروعاً ابتداءً، يغدو مشروعاً في البقاء، فقد ثبت أنه محرَّمٌ ابتداء، لأنه عدوانٌ مَحْض، فيبقى محرّماً بقاءً، إذ الاستمرار لا يغير من طبيعته شيئاً، باعتباره أمراً حسِيّاً محرّماً لعينه.

---

(١) أخرجه البخاري: ٦٩٢٤، ومسلم: ١٢٤، وأحمد: ٦٧، من حديث أبي هريرة.

(٢) ثبت بالإسلام أمور ثلاثة: «العصمة ـ الحرية ـ المالكية» كما يقول الإمام صدر الشريعة: «أما العصمة، فهي عصمة المال والنفس والعرض، وأما الحرية، فهي الحريات العامة جميعاً، ومنها الحرية في أن يتملك، وحرية الرأي، وحرية الجهر بالحق، وحرية العمل، وحرية التنقل وما إلى ذلك. وأما المالكية، فهي مصدر صناعي من المالك، أي كونه مالكاً تثبت له هذه الصفة بحكم كونه إنساناً وتصان حرمة ملكه وماله». «التوضيح»: (٣/ ٢٢١).

على أن الاستمرار لا يُغيِّر من حكم الشرع في محلٍ الملك شيئاً.

ألا ترى إلى الخمر مثلاً، ليست محلاً للملك ابتداءً، فإذا ورد البيع عليها، بَطُلَ العقد، لملاقاته محلّاً غير قابل للملك منذ البداية، ولا يتغير حكم العقد هذا بالاستمرار والدوام، حتى ولو زالت خَمْريتُها بالتخلل، إلّا بابتداء عقد جديد يلاقي محلاً مشروعاً منذ البداية، فكذلك استيلاء الكفار على أموال المسلمين، فقد لاقى محلاً معصوماً محترماً منذ البداية، فلا يغيِّر من حكم الاستيلاء هذا دوامُهُ واستمراره.

والواقع الباطل لا ينقلب صحيحاً مشروعاً بالاستمرار والبقاء.

رابعاً: أما قياس استيلاء الكفار على الاستيلاء على المباحات العامة، من الصيد وغيره، فقياسٌ مع الفارق، لمكان الحرمة العينية في الأول، والمشروعية الأصلية في الثاني.

وهذا الفارق يجب اعتباره، إذ لم يثبت شرعاً إلغاؤه.

وذلك، لأن المباح العام، لم يجرَّ عليه ملك لأحد أصلاً، بالنسبة للمسلم، فانتفى معنى العدوان على حق الغير أصلاً، بخلاف مال المسلم، فهو محلٌّ لملك مستقر معصوم محترم شرعاً، فكان الاستيلاء عليه قهراً، عدواناً محضاً، فافترقا.

على أن حكمة التشريع من جعل الاستيلاء والإحراز سبباً مُكْسِباً للملك في المال المباح إباحة عامّةً، لا تجد لها محلاً في الاستيلاء العدواني القهري من جانب الأعداء، وذلك مما ينفي صحة الاستدلال بهذا القياس.

صحيح أن الشارع يربط الحكم بالسبب الظاهر دون حكمة التشريع، غير أن العلة ينبغي أن تبقى مظنّةً للحكمة، بمعنى أن يبقى ترتيب الحكم على العلة، محتملاً احتمالاً قوياً غالباً إفضاؤه إلى تحقيق حكمة التشريع.

أما إذا قام الدليل القاطع على انتفاء كونها مظنة للحكمة، فلا يصحُّ اعتمادها أصلاً في القياس.

وبيان ذلك أن الاستيلاء على المباح العام، إنما اعتبر شرعاً مكسباً للملك، تشجيعاً للجهد الإنساني الفردي، للانتفاع بما وُجد في الطبيعة، من خيرات وثروات،

وتطويرها لصالح الإنسان، وذلك معقولٌ، لأن من بذل جهداً، فاجتنى مما وُجِدَ في الطبيعة من خيرٍ مُباحٍ لا مالك له، كان أولى من غيره بامتلاكه، والتمتع به، ممن لم يبذل أدنى مشقة في هذا السبيل، وهذا أمرٌ وراء استلاب الحقوق والثروات، واغتصاب الديار والأوطان بعد تشريد أهلها منها، عَنْوةً وبقوة السلاح، لمكان الظلم الذي هو عدوُّ الإسلام الأول.

خامساً: لا يصح الاحتجاج بأصلٍ مختَلَفٍ فيه، من أن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة، إذ لا إلزام فيه للمخالِف لعدم الاتفاق عليه، وإنما يلتزم المخالف بأصل يُقرُّ بحجيته هو.

وعلى هذا، فالاستدلال بأن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة، توصُّلاً إلى أن حكم النهي عن الاستيلاء على مال المسلم غير متوجِّه عليهم، فكان لذلك مباحاً في اعتقادهم، استدلال متهافت، قد عدلوا هم عنه، إذ العبرة بمقتضى أحكام شريعتنا دون أحكام معتقداتهم.

سادساً: أما استدلالهم بالآية الكريمة: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ﴾ [الحشر: ٨] فغير سديد، من وجهين:

أولهما ـ أن الآية الكريمة مسوقة أصالة وقصداً أولياً لتقرير حقهم في الغنيمة، وهي عبارة في هذا المعنى، ولم تُسَقْ لحكم ملكية الكفار لأموال المسلمين بالاستيلاء القهري.

وأما الاستدلال على ذلك بطريق الإشارة، فجمهور الأصوليين على أن الحكم الثابت بالإشارة غير مقصود للشارع أصلاً[1].

الثاني ـ سلّمنا أنه مقصود للشارع تبعاً، عند صدر الشريعة، لكن استدلالهم هذا يتنافى ومقتضى أدلة كثيرة منصوبة في الشرع توجب تفسير الآية الكريمة في ضوئها،

(١) خلافاً لصدر الشريعة، حيث ذهب إلى أن المعنى اللازم عقلاً من العبارة، مقصود للشارع تبعاً. «التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (١/ ١٣٠ وما بعدها)، وراجع بحث إشارة النص، كتابنا «المناهج الأصولية» ص٢١٩ ـ ٢٣٨. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

تحرياً لمقصد الشارع، وإرادته الحقيقية، وتلافياً من الوقوع في التناقض في شرع الله، وقد ذكرنا بعضاً من هذه الأدلة من الكتاب والسنة.

سابعاً: ومن ذلك أيضاً، ذهابهم إلى أن كلمة «الفقراء» محمولةٌ على معناها الحقيقي حتى يستلزم ذلك الدلالةَ عقلاً وإشارةً، على زوال ملك المهاجرين عن أموالهم بحكم كونهم فقراء حقيقة، ولكنها ـ في الواقع ـ مصروفة عن معناها الحقيقي إلى معناها المجازي، بقرينة إضافة الأموال والديار إليهم، بقوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَآءِ الْمُهَٰجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ﴾ [الحشر: ٨].

فقد أضاف الله تعالى الديار والأموال إلى المهاجرين، مالكيها الأصليين، على الرغم من إخراجهم من ديارهم وأموالهم واستيلاء الكفار عليها، وهذه «الإضافة» «حقيقية» تفيد الملك والاختصاص.

فكلمة الفقراء إذن، استعارةٌ، للإشارة إلى أن المهاجرين لمّا بَعُدَت أيديهم عن أموالهم، وانحسر سلطانهم الفعلي عنها، بإخراجهم من ديارهم، ظلماً وقهراً بقوة السلاح، أصبحوا كأنهم فقراء، لا فقراء حقيقة، بقرينة إضافة ديارهم وأموالهم إليهم حقيقة، كما أشرنا، مما يدل صراحة على عدم زوال ملكهم عنها على الرغم من إحراز الكفار لها، واحتيازهم إيّاها في ديارهم.

فملك المهاجرين إذن، لم يَزُلْ عن أموالهم باضطهادهم، والاستيلاء القهري على تلك الأموال من جانب أعدائهم.

ذلك ـ لما قدّمنا ـ من أنَّ إحراز الكفار لتلك الأموال والديار، ظلماً وعدواناً، بالقهر وقوة السلاح، لا يُسقط عصمتها الثابتة بالإسلام، كما لا يُسقط عصمة المسلم في حريته ودمه شرعاً، بوقوعهِ أسيراً في يد أعدائه، لتأكد عصمته بإسلامه.

وقد قامت الأدلة متضافرة على أن منطق القوة المجرد من الحق، والعدوان المحض، والقهر، والتسلط، كل أولئك وما في معناه، لم يعهد في الإسلام سبباً مشروعاً لإزالة يد محقة عن مال معصوم شرعاً، وتقرير يد مبطلة، لأنه محضُ بغْي وعدوان، وذلك محرمٌ بالنص القاطع. من مثل قوله سبحانه: ﴿وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَآءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ﴾ [النحل: ٩٠].

ثامناً: على أن هذا قد تأيَّد بالسنة[1].

ويتجه على الحنفية في ذهابهم إلى أن الحكم ببقاء أموال المسلمين على ملكهم يقتضي تسميتهم «أبناء السبيل» لا «الفقراء» أن ابن السبيل هو «المسافر» الذي انقطعت به الطريق، وفَقَدَ مالَهُ، وله طَماعيةٌ في الرجوع إلى بلده، لتمكُّنه من ذلك، وهذا المفهوم يختلف بالبداهة عَمَّن أُخرِجَ من دياره وأمواله عنوةً، وليس في وُسْعه أن يعود إليها، لذا صحَّ اعتباره كأنه فقير، لا فقير حقيقةً.

أضف إلى ذلك، أنهم قد توطَّنوا بالمدينة، فلم يَعُدْ وجه لإطلاق وصف «أبناء السبيل» عليهم.

على أن هناك سرّاً بلاغياً في إطلاق كلمة «الفقراء» عليهم مجازاً دون أبناء السبيل، هو ما في وصف الفقراء، من إثارةٍ للتعطُّف الداعي إلى رعايتهم، وتدبير مصالحهم، والاهتمام بشئونهم، والتخفيف من وقْع الظلم عنهم، تحقيقاً لما تقتضيه الأخوة نحوهم، وهو ما تحقق في الوقائع التاريخية بالفعل.

تاسعاً: وأيضاً، لو كان الاستيلاء القهريّ بقوة السلاح من قِبَلِ الأعداء سبباً شرعياً لامتلاك ديار المسلمين وأموالهم، لما وجب الجهاد ـ في مثل هذه الحال ـ فرضاً عينياً على كل قادر على حَمْل السلاح رجالاً ونساءً من المسلمين إجماعاً، إذ

---

(١) فقد رُوي أن المشركين أغاروا على المدينة، واستولوا ـ فيما استولوا عليه ـ على ناقة رسول الله ﷺ تسمى «العَضْباء» وأسروا امرأة من المسلمين. وذات ليلة، أتت المرأة على ناقة رسول الله ﷺ ولم تكن تعلم أنها ناقته، فركبتها، ونجت من الأسر، ونَذَرت لئن نجَّاها الله عز وجل، لتنحرنَّها، نذراً لله تعالى، فلما قَدِمَت المدينة، عرف الناسُ الناقة، فأتوا بها إلى رسول الله ﷺ فأخبرته بنذرها، فقال عليه الصلاة والسلام: «**بئْسَ ما جَزَيْتِها، لا نَذْرَ في مَعصيةِ الله، ولا نذْرَ فيما لا يَمْلِكُ ابنُ آدَمَ**». [أخرجه مسلم: ٤٢٤٥، وأحمد: ١٩٨٦٣، من حديث عمران بن حصين].

ووجه الدلالة: أن الكفار لو ملكوا الناقة بالاستيلاء، لملكتها المرأة بعد ذلك بالاستيلاء أيضاً، لكن النبي ﷺ أخبرها أنها لم تملكها، لأن ملكيته باقية عليها.

«أصول السرخسي»: (١/ ٦٩)، و«كشف الأسرار»: (١/ ١٠٩ ـ ١١٠)، و«التلويح على التوضيح»: (١/ ١٣٠)، و«حاشية الأزميري على المرآة»: (٢/ ٧٦ وما يليها).

من التناقض الظاهر أن يقرَّ للكفار بالملك شرعاً، ثم يكون الجهاد لنفي إقرارهم عليه، واسترداده منهم، والله تعالى يقول: ﴿وَأَخْرِجُوهُم مِّنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُمْ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٩١].

ولا ريب أن وجوب الجهاد ـ فرضاً عينياً ـ إذا داهم العدوُّ دارَ الإسلام، واستولى على بعض أراضي الدولة الإسلامية، واستلب أموال المسلمين، إنما يقوم أساساً على دفع العدوان المحض الذي لا يستند إلى أيِّ سببٍ شرعي مُسوِّغٍ، لصريح قوله سبحانه: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

وإذا حرَّم الإسلام على أهله الاعتداء، فأحرى أن يحرم عدوان غيرهم عليهم، ولا يجعله سبيلاً لامتلاك أموالهم وديارهم، لأنَّ العدوان في ذاته شرٌّ محضٌ، بل ما أُنزلت الشرائع، وأُرْسِلَ الرُّسل، إلّا لإقرار الحق والعدل، ودفع الظلم والعدوان[١]، لقوله تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد: ٢٥].

تحرير محلِّ النزاع في هذه المسألة:

اتفق الفريقان على أن عصمة المسلم دماً وحريةً، مناطُها الإسلام، فلا تسقط بالإحراز أَسْراً، ولا باختلاف الدار ولايةً، أو بالاعتقال أو النفي تقييد حريةً، بدون سببٍ شرعيٍّ في دار الإسلام.

وعلى هذا، فسواء أكان المسلم في الدولة الإسلامية (دار الإسلام) أم في دولة معادية (دار الحرب)، فهو معصومُ الدّم والحرية شرعاً، لتحقُّق مناط الإسلام وصفاً قائماً فيه، ولتأكيد عصمته به، نفساً وحريةً وملكيةً، كما أشرنا.

أما في الدولة الإسلامية فواضح، للإسلام وللولاية في التبليغ والإلزام[٢].

---

(١) راجع بحثاً مستفيضاً في هذا المعنى، في كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي»، ص٢٢٣ ـ ٢٢٨ [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٢) يقصد بذلك، أنَّ دار الإسلام قد تم فيها التبليغ لأحكام الشريعة كلها، ومنها حرمة التعرض لدم المسلم وحريته، فلا يجوز قتله ظلماً.

=

وأما في الدولة المعادية (دار الحرب)، فلقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

فقد جعل الله تعالى، الإيمانَ مناطاً لنفي مشروعية كلِّ سبيل عليه من قِبَلِ الكافرين.

وليس المراد بالسبيل التسلُّط المادي، أو القهر الحسي، كالاستعمار، إجماعاً، لأنه أمر واقع عنوةً، ومشاهدٌ محسوسٌ، وإنما المراد التصرف الذي يترتَّب عليه حكم شرعي[1].

هذا فضلاً عما في الآية الكريمة من إشارة إلى أنه ينبغي على المؤمنين أن يتحرَّروا من كل هيمنة يفرضُها عليهم الكافر.

فإذا وجد «المسلم» في «الدولة المعادية» أسيراً مثلاً، فعلى الرغم من انقطاع ولايتنا عليه، ووقوعه تحت ولايتهم الواقعية، وسلطانهم المادي الفعلي، فلا يملك بالاسترقاق لو ضربه الكافر عليه، ولا تجري عليه أحكامه شرعاً، إذ الإسلام عاصمٌ، بل لقد تأكدتْ عصمة حريته بإسلامه، ولا تنتهي هذه العصمة بوجوده في دار الحرب، لأن الإسلام وصفٌ قائمٌ فيه أينما كان، لا يؤثر فيه اختلاف الدار، وإنما تنتهي عصمته بانتهاء إسلامه هو، لأنه سببُها، وذلك بالارتداد والعياذ بالله[2]! كما أسلفنا.

فعصمة المسلم ـ نفساً وحريةً ـ ليست منوطة بالوجود في الدولة الإسلامية، حتى إذا انتهت العصمة بانتهاء سببها ـ وهو الإحراز في دار الإسلام ـ سقطت ليصبح غير معصوم الدم والحرية بالاستيلاء عليه من قبل الكفار، وإحرازه في دارهم، لأن سبب عصمته حريته، وهي متأكدة بإسلامه، كما ذكرنا.

= وأما الإلزام فمناطُ السلطة التي تتمثل في ولي الأمر، حيث يُلزم الأمةَ بها، فضلاً عن الأعداء، ويعاقب من يخرج عليها بالعقوبة المقررة شرعاً، كما يُلزم أهل الذمة، بدخولهم تحت ولايته، بحكم عقد الذمة الذي يقوم مقام الإسلام بالنسبة إليهم.

(١) «كشف الأسرار»: (١/ ٢٨٥)، و«التوضيح مع التلويح»: (١/ ٢٢٣).

(٢) المرجع السابق.

واتفقوا أيضاً على أن (الكافر) لا يملك مالَ المسلم بالاستيلاء عليه في دارنا، لأنه مقهورٌ حكماً، فلم يكن الاستيلاء تاماً مطلقاً، فلا يصحُّ سبباً للملك.

واتفقوا كذلك على أن النهي عن هذا الاستيلاء ـ بالنظر إلى الحكم الأخروي ـ باقٍ، وموجبه التأثيم والعقاب[١].

واختلفوا في «عصمة ماله».

وهذا هو محلُّ النزاع.

فذهب الحنفية إلى أن أموال المسلمين يملكها الكفار (الأعداء) بالاستيلاء الفعلي عليها عنوةً، لأن الاستيلاء ـ من حيث الحكم الدنيوي ـ ليس محرّماً لعينه، بدليل اعتبار الشارع له سبباً لتملُّك المباح العام بالإجماع، بل هو منهيٌّ عنه لغيره، وهو العصمة في محلِّه، أي المال.

هذا، وسبب عصمة مال المسلم شرعاً، هو وجوده في الدولة الإسلامية، وتحت سلطانها، أو إحرازه فيها، فإذا سقط الإحراز باستيلاء الكفار عليه، فقد سقط سببُ العصمة، فتنتهي العصمة بانتهاء سببها، وهو الإحراز في (دار الحرب) وسقط حكم النهي عن الاستيلاء في حق الأعداء، وأصبح المال غيرَ معصوم، أي مباحاً، بالنسبة إليهم، فيكون استيلاؤهم عليه حينئذ استيلاءً على مباح، وهو سببٌ شرعيٌّ يصلح لإيجاب الملك شرعاً، حكماً دنيوياً كالاستيلاء على الصيد سواء بسواء كما بيّنا.

إذن، علة تحريم الاستيلاء بالنسبة (للأعداء)، هي العصمة في المحلِّ، لا ذات الاستيلاء، فإذا سقطتْ العصمةُ لسقوط سببها، لم يبقَ لحكم النهي ـ وهو التحريم ـ وجودٌ، لزوال الحكم بزوال علّته، فيصبح استيلاء الأعداء الذي تمّ بإحرازهم الفعلي مباحاً، لوقوعه على مالٍ زالت عصمتُه، فأصبح سبباً شرعياً، لا أمراً حسياً، والسبب الشرعيُّ يوجب الملكَ، لأنه استيلاء على مالٍ غير معصوم، لسقوط عصمة محلِّه.

وبذلك خلُص الحنفية إلى أنهم لم يخالفوا القاعدة المجمع عليها، ومقتضاها: أن

(١) أقول: وهل هذا العقاب الأخروي أشد من العذاب الذي سيلقونه بكفرهم يوم القيامة؟

الأمر الحسيّ لا يصلح سبباً لحكم شرعي هو نعمة، لأنهم رأوا ـ باجتهادهم ـ أن استيلاء الأعداء ليس أمراً حسّياً محرّماً لعينه، بل لغيره، فيغدو تصرفاً شرعياً موجباً للملك شرعاً، لسقوط علة النهي عنه وهي العصمة.

وإنما تسقط عصمة أموال المسلمين بإحراز الأعداء لها في دار الحرب، لانقطاع ولايتنا، وسريان ولايتهم عليها.

إذ العصمة[1] إنما تثبت بحكمٍ شرعيٍّ، وليس في الوُسْع إلزامهم به، لانقطاع ولايتنا عليهم، تبليغاً وإلزاماً.

وخالف في ذلك الشافعية.

فذهبوا إلى أن العدو لا يملك مال المسلم بالاستيلاء التام المطلق قهراً وعنوة وذلك بإحرازه في دولته المعادية (دار الحرب).

واستدّلوا على ذلك بأدلة ثلاثة:

أولاً: لأنه مالٌ معصومٌ محترمٌ، والاستيلاء عليه منهيٌّ عنه لعينيه، فيكون حراماً ومعصيةً كالغصب، فلا يصلح بالتالي سبباً مشروعاً يوجب الملك الذي هو نعمة، إذ المِلكُ يستدعي السبب المشروع، وهذا ليس منه.

ثانياً: أن الأعداء مخاطَبون بفروع الشريعة، فيكون استيلاء العدوّ على هذا المال ـ في حكم الشرع ـ كاستيلاء المسلم، سواء بسواء[2]، وأنه حرام، كالغصب، فلا يوجب الملك شرعاً، كما أسلفنا.

ثالثاً: أن عصمة مال المسلم ليس سبَبُها «الإحراز» في دار الإسلام حتى تسقط بسقوطه، بل بالإسلام نفسه[3].

---

(١) أشرنا إلى أن معنى العصمة: «كون الشيء مُحَصَّناً، مُحَرَّم التعرض له، لحق الشارع، أو لحق العبد، وهذا يثبت بالحكم الشرعي». «كشف الأسرار»: (١/ ٢٨٥).

(٢) «كشف الأسرار»: (١/ ٢٦٤)، و«أصول السرخسي»: (١/ ٩١ وما يليها)، و«التلويح مع التوضيح»: (٢/ ٢٢١ وما يليها).

(٣) المراجع السابقة.

والإسلام قرر هذه العصمة بحكم شرعي، والكافر مخاطب به، حيثما كان، واختلاف الدار لا يخرج الاستيلاء عن كونه معصيةً في ذاته.

وأيضاً، الإسلام عاصم لمال المسلم ونفسه وحريته، فاستيلاء الكافر على ماله، هو استيلاء على مال معصوم محترم، فيكون حراماً لعينه، كما قدمنا.

فصار استيلاء الكافر على مال المسلم في دار الحرب كاستيلائه عليه في دار الإسلام حُكماً، فلا ينعقد سبباً مشروعاً لحكم شرعي يُوجِب الملك.

وإذا كان المسلم معصوماً بالإسلام نفساً ومالاً، فَأَنىَّ وجد المسلم هو أو ماله، فقد وجدت معه دار الإسلام حكماً، وذلك يوجب حرمة الاستيلاء عيناً.

وعقد الذمة يقوم مقام الإسلام في العصمة، بالنسبة للذمي، فكان معصوماً دماً، حريةً ومالاً، كالمسلم.

وعقد الذمة ـ في واقع الأمر ـ يوجب ما يُسَمَّى اليوم «حقوق المواطنة» بوجه عام. وهذه العصمة لا تتعدد حقيقةً ولا سبباً، سواء بالنسبة للنفس أم المال، لأن مناطها الإسلام.

فكان استيلاء الأعداء على أموال المسلمين، محرماً لعينه، لا لغيره ـ كما أشرنا ـ لأنه عدوان محض على مال معصوم محترم ابتداءً وبقاءً، بحكم الشرع، والمحرم لعينه، لا يصلح سبباً لحكم شرعي لنعمة الملك، بالإجماع.

وعلى هذا، فلو أحرز الأعداء مال المسلمين يداً وتصرفاً في الدولة المعادية إحرازاً مطلقاً، فلا تسقط عصمته بهذا الإحراز، لأن الإحراز ليس هو سبب العصمة، حتى تسقط بسقوطه، بل مناطها الإسلام نفسه، وصفاً قائماً في أصحابه، وحُكماً شرعياً مخاطباً به الكفار أنفسهم، ولو وجد محرزاً في دار الحرب، فكأنه موجود في دار الإسلام حُكماً، كما ذكرنا، واستيلاء العَدُوِّ على مال المسلم في دار الإسلام، محرم لعينه، شرعاً، فلا يُوجب مُلكاً على الإطلاق.

الثمرة التشريعية لهذا الخلاف:

يترتب على هذا الخلاف ثمرة خطيرة جداً، من ناحية العلاقات السياسية الخارجية، والقانون الدولي العام في الإسلام.

فعلى مذهب الحنفية، تصبح أموال المسلمين ملكاً للأعداء، باستيلائهم عليها، وإحرازهم إياها في دار الحرب، فلا ترد إلى أصحابها المسلمين لو ظفرنا بها بقتال وحرب، بل تعتبر غنيمة، إذ ينطبق عليها مفهوم الغنيمة شرعاً، وهو مال الكفار الذي استحوذ عليه المسلمون عنوة وبِقُوَّةِ السِّلاح.

أما مذهب الشافعية ـ وهو الصَّحيح الذي يتفق وروح الشَّريعة وقواعدها العامة ـ فيقتضي بأن هذه الأموال لا تعتبر غنيمةً، بل هي أموال المسلمين ـ في حكم الشرع ـ فوجب رَدُّهَا إلى مالكيها الأصليين الشَّرعيين، لأنها سُلبت منهم ظلُماً، وملكيتهم باقيةً لم تَزُلْ عنها بالقهر والغلبة والعدوان، لعصمتها بالإسلام، لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

منشأ الخلاف:

هل عصمة المسلم مالاً، تثبت بالإحراز في دار الإسلام، أو تثبت بمجرد الإسلام كعصمته نفساً وحريةً.

بالأول قال الحنفية، وبالثاني قال الشافعية.

المسألة الرابعة:

ذهب الحنفية إلى تجويز بيع الدهن المذاب إذا وقعت فيه نجاسة، خلافاً للشافعية.

وحجة الحنفية أن مورد النهي ليس هو الدهن المذاب في حد ذاته، لأنه مال مُتقوم، فصلح محلاً للعقد، فاستلزم المشروعية، وتَرَتُّبَ الأثر، وإنما تعلق النهي بأجزاء النجاسة المجاورة، فكان النهي إذن لوصف مُجاورٍ مقترن مُنفك أي مفارق، والفساد لأمر مجاور، لا لخلل في أصل التصرف، لا يعدم المشروعية أصلاً، ألا

ترى أن فرض الصلاة يتأدَّى في الأرض المغصوبة، ويسقط القضاء، والبيع يصح وقت النداء، مع الكراهة.

غير أن النجاسة لما كان من المتعذِّر فصلُها عن أصل الدُّهن المذاب، فقد حرّم تناولُه.

والبيع يغاير التناول، من حيث أثر النهي، لأن الأول تصرُّفٌ شرعي قولي، والثاني تصرُّفٌ شرعي فعلي، ولكلٍّ حكمه على ضوء تعلّق النهي به أو عدمه.

والأول يكفي في جوازه إمكان تصوُّر انفصال حقيقة الدهن المذاب عن أجزاء النجاسة عقلاً، بمعنى أنه يكفي تصور الانفصال ولو حكماً واعتباراً، فقالوا بالمشروعية لهذا.

وأما من حيث الواقع، فلما تعذَّر هذا الانفصال، أعطى حُكمَه من حيث التناول. نظير ذلك، الثوب النجس، يجوز بيعه، ولكن لا تجوز الصلاة فيه.

فكان البيع تصرُّفاً قولياً، بالنظر إلى أصل الثوب، باعتباره ـ في حدِّ ذاته ـ مالاً مُتقوّماً، أمكن تصور انفصال النجاسة عنه، ولو حكماً واعتباراً.

وأما من حيث النجاسة الملابسة المجاورة، فلا يجوز التصرف الشرعي الفعلي فيه، كالصلاة، لخَللٍ في شرط صحتها، من طهارة الثوب والمكان[1].

وبذلك أُعطيتْ لكل حال حكمها على ضوء متعلّق النهي في كلٍّ منها.

وهذا، ليس من الأمور الحسية التي لا تصلح سبباً لحكم شرعي، لأنه منهيٌّ عنه لغيره، لا لعينه، كما ذكرنا.

على أن الصلاة لا تصحُّ في الثَّوْب النَّجس، لا لخصوص الثوب، بل لعيْن النجاسة المجاورة، وهي موردُ النهي لذاتها، ولذا، لا تصح الصلاة معها أيّاً كان متعلَّقُها: الثوب أو البدن أو المكان.

---

(١) «أصول السرخسي»: (١/ ٩١ وما يليها).

المسألة الخامسة:

يرى الحنفية، أن سفرَ المعصية يُوجِب الترخُّص[١]، لأن السبب الذي يقتضي مشروعية الرخصة، قد وُجِد كَمَلاً، أصلاً ووصفاً، لا خلل في أيٍّ منهما، وهو السَّفر مسافةً حدَّدَ الشارعُ أدناها، وليس محرماً لعينه.

غير أن «القصد» إلى المعصية قد جاور هذا السفر، فيكون القبح لمعنى مجاور للسفر، وهو القصد، لا لأصل السفر، بأن يقصد إلى قطع الطريق، أو البغي.

فالسفر المحدَّدُ شرعاً تصرف مشروع تنعقد سببيته للرخصة، والقصد إلى المعصية ـ إن وقع ـ منهيٌّ عنه، ويوجبُ الإثم، والجهتان منفكّتان، إذ لا تلازم، بدليل أنه يخرجه من المعصية والإثم، تغييرُ قصده، بأن يقصد إلى أداء فريضة الحج مثلاً، فيتغيَّرُ حينئذ إلى حكم المثوبة، ولكن سفره باقٍ، لم يتغيّر، فدل ذلك على أن سبب النهي هو «القصد» لا عين السفر، وأن لا تلازم بينهما.

وإذا توافر السبب كَمَلاً، اقتضى المشروعية، وهو ترتُّب حكم الترخيص كاملاً.

وإذا لم يكن السفر منهياً عنه لعينه، فلا يكون أمراً حسياً غير مشروعٍ أصلاً، حتى لا يصلح أن ينعقد سبباً لحكم شرعي تثبت به النعمة، كنعمة الترخيص، بل هو ـ من حيث ذاته ـ تصرُّفٌ شرعي، ولكن جاوره وصفٌ منهيٌّ عنه، وهو «القصد إلى المعصية» كما أشرنا.

ولكلٍّ حكمه، ولا تنافي، والمكلَّف هو الذي جمع بينهما، لا الشارع.

ويرى الشافعية، أن النهي المطلق عن التصرف الشرعي، يوجب رفع المشروعية أصلاً، فالسفر الذي هو معصية، كسفر قاطع الطريق، والباغي، لا ينعقد سبباً للرخصة لهذه النعمة، وهي الرخصة، لأنها شُرِعتْ لدفع الحرج، والمشقة غير المعتادة في السير المديد، والنعمة تستدعي سبباً مشروعاً، والمعصية ليست منه[٢].

---

(١) الرخصة: ما شُرع ثانياً مبنياً على أعذار العباد، والعزيمة: ما شُرع أولاً غير مبني على أعذار العباد، «التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (٢/ ١٢٨).

(٢) «كشف الأسرار» للإمام عبد العزيز البخاري: (١/ ٢٦٤).

ونحن نرى، أن القصد أو الباعث غير المشروع بوجه خاص، ذو أثر على صحة التصرُّف الشرعي ذاته، وبطلانِهِ، بالرغم من توافر مقوِّماته، لما يأتي:

أولاً: لأنه وإن كان خارجاً عن كيان التصرف الشرعي، غير أنه يتناقض ومقصد الشارع من حيث الغاية النوعية الدنيوية التي رسمها الشارع لهذا التصرف، إذ قد يتخذُ التصرُّف الشرعي الذي استجمع مقوِّماته أصلاً ووصفاً، وسيلةً إلى تحقيق غرض غير مشروع، احتيالاً على مقاصد الشرع، لهدمِ واجبٍ، أو تحليل محرّمٍ.

فالقول بصحة مثل هذا التصرف، واستتباعه لآثاره، في مثل هذه الحال، بحجة أن القصد وصفٌ مجاورٌ، يفضي غالباً إلى الإعانة على الإثم والعدوان، وذلك محرَمٌ بالنص، لمنافاته لمقاصد التشريع، من حيث المآل.

ثانياً: أن الأعمال معتبرة ـ صحة وبطلاناً ـ بالنوايا والقُصود، لقوله ﷺ: «**إنّما الأعمالُ بالنيات**»[1].

وهذا في الأحكام الدنيوية.

ثالثاً: لا يقال إن «القصد قد يتغير» وذلك دليلُ مجاورته، **وفساد المجاور لا يقضي على أصل المشروعية**، لأنّا نقول: إن هذا الاحتمال يقابله احتمال مكافئ أو أرجحُ منه، وهو «عدم التغير».

والواقع أن البواعث غير المشروعة قد دلَّ الاستقراءُ على أن احتمال بقائها، والإصرار عليها، أغلب من احتمال تغيرها.

فإذا ثبت هذا، فإن تصحيح التصرف الشرعي الذي دفع إليه باعثٌ غيرُ مشروعٍ، أو قصدٌ هو معصية، يفضي غالباً إلى مآل غير مشروع واقعاً وعملاً.

وأنت عليم بأن المآلات معتبرة في التصرفات الشرعية والعقود، صحّةً وبطلاناً، تبعاً لكونها مشروعة أو غير مشروعة.

لذا كان هذا الوصف يختلف عن الأوصاف اللازمة والمجاورة كليهما، من وجهين:

---

(١) أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر بن الخطاب.

أولها: أن القصد غير الشرعي، أو قصد المعصية، هو الدافع النفسي على التصرف الشرعي، فكان هذا التصرف تجسيداً له بحيث يغدو مظهراً مادياً للباعث النفسي، الأمر الذي يبعده عن الاتِّصافِ بالمجاورة.

الثاني: أن هذا القصد الذي هو معصية، وإن كان عنصراً نفسياً خارجاً عن كيان التصرُّف تصوراً، غير أنه ملازم له وقوعاً، لأن التصرف تنفيذٌ له، وتجسيدٌ، غالباً كما ذكرنا.

لذا، كان الوصف الملازم من حيث الغاية يختلف عن القصد غير الشرعي الذي يبعث على التصرُّفِ الشرعيِّ، في أن هذا الأخير ذو أثر على الغاية النوعيَّة الدنيويَّة للتصرف الشرعي التي شُرِع من أجلها، لأنها تمثل المصلحة الاجتماعية أو الاقتصادية للتصرف، أو تحقق العدل، فيعْدِمُها، ليحقِّق صاحبُه غرضاً آخر غير مشروع، وفي هذا مناقضة للمشرع أيّما مناقضة.

وهذه المناقضة تتصل بالمصالح الدنيوية، لا الأحكام الأخروية فحسب، وذلك من مثل بيع العنب ممّن يعصره خمراً، أو وصية الضرار.

ومعلوم أن المناقضة باطلة بالإجماع، فما يؤدِّي إليها باطلٌ بالضرورة.

لذا، نرى أن هذا التصرف الشرعي الذي يبعث عليه أو يُلابِسه، قصد غير مشروع، باطلٌ، لا يترتب عليه أثر معاملةً لصاحبه بنقيض قصده، مما يرجِّح اعتبار الباعث المشروع، شرط انعقاد، لا مجرّد شرط صحّة عند المناقضة، لأنها مبطلةٌ للعقد، ليَرُدَّ قيداً هاماً على سلطان الإرادة، ولا ريب أن هذا أقربُ إلى العدل والحق والمصلحة وروح التشريع[1].

ومن هنا كان اجتهادُ الحنفية في هذه المسألة ضعيفاً.

غير أن اجتهاد الحنفية بوجه عام ـ فيما قدمنا من بحوث ـ يبدو أنهم لا ينظرون إلى السبب أو التصرف الشرعي، من حيث كونه مأذوناً فيه شرعاً فحسب، حتى إذا

(١) راجع بحثاً مستفيضاً في «الباعث وأثره في التصرفات».

ورد النهي عنه أبْطَلُوه بإطلاقٍ، للتضادِّ بين الإذن والنهي، بل ينظرون إلى السبب من حيث كونه وُضِعَ شرعاً، ليُنتِج آثاره التي رتَبَها الشارعُ عليه من المصالح الدنيوية التي يقصدها المكلّفون، رعايةً لها، ولهذا يمحِّصون المعاملة أو التصرف، ليتبيَّنوا مواقعَ النهي فيه، وحكمة التشريع من حكم النهي، حتى إذا سَلِمَ ذاتاً، أو ذاتاً ووصفاً، رتّبوا عليه من تلك المصالح، بالقدر الذي سَلِمَ من أصل مشروعيته.



منشأ نظريتي البطلان والفساد في فلسفة أصول الفقه الإسلامي المقارن

وفاءً للمنهج العلمي في البحث التشريعي، رأيتُ لزاماً عليَّ أن أحرِّر ـ بين يديَّ هذا الموضوع ـ الأصل الذي نشأت عنه هاتان النظريتان، معنىً، وحكماً، وأدلة، وما تفرع عن ذلك من تطبيقات عملية في الجزئيات، في مختلف المذاهب الفقهية، والمناهج الأصولية، ذلك هو «أثر النهي المطلق في العبادات والمعاملات».

ولقد كان لتحديد مدى هذا الأثر في المشروعات ـ في اجتهادات الأصوليين والفقهاء ـ انعكاسٌ على مفهوم «النهي» نفسه، مما استدعى تحليلَ تصوُّر كلِّ فريقٍ وفلسفته الأصولية في تكوين هذا المفهوم، على نحوٍ يتّفق وما رتب عليه هو من أثر في مورده.

لذا، كان البحث المقارن في مفهوم النهي المطلق أولاً، مما يستلزمه تحديد مدى أثره في المشروعات المنهي عنها، للصلة الوثقى التي تربط بينهما.

وأشرنا إلى أن تحديد مدى هذا الأثر هو منشأُ الخلاف في النظريتين.

مفهوم النهي المطلق عن المشروعات في اصطلاح الأصوليين والفقهاء:

عَرَّف بعض الأصوليين «النهي المطلق» بأنه: «استدعاءُ ترك الفعل بالقول ممّن هو دونه» والاستدعاء هو الطلب.

بمعنى أن «الناهيَّ» في مرتبةٍ أعلى من المنهيِّ، إذ يصدر نهيه على جهة الاستعلاء

قولاً، وهو ما صرّح به بعضهم قيداً في التعريف، بقوله: «النهيُ هو قولُ القائل لغيره: لا تفعل على جهة الاستعلاء»(١).

وقيل: هو اقتضاء كَفٍّ عن فعلٍ حتماً على جهة الاستعلاء.

ومعلوم أن «الاقتضاء» هو الطلب، والكفُّ هو الامتناع، أي طلب الامتناع حتماً عن فعل، وهذا يُفيد لزومَ أو وجوبَ الامتناع أو الانتهاء، كما أن الأمر يفيدُ وجوبَ الائتمار والامتثال(٢) على سبيل الحتم.

غير أن الإمام السرخسي عرَّف النهي المطلق أصولياً بأنه: «طلبُ مقتضَى الامتناع عن الإيجاد على أبلغ الوجوه، مع بقاء اختيار المخاطب فيه، وذلك بوجوب الانتهاء».

القدر المشترك بين هذه التعاريف:

تتَّفق هذه التعاريف على موجَبٍ للنهي مشترك، هو «**وجوب الانتهاء**» أي على سبيل الإلزام.

غير أن الإمام السرخسي أشار إلى قيد أساسيٍّ في ماهية أو حقيقة النهي أصولياً، وهو «**بقاء اختيار المخاطب فيه**» بحيث لو انتفى هذا العنصر، لانتفتْ حقيقة النهي.

ولما كانت حقيقةُ النهيِّ ذات أثر في موجَبِهِ ومقتضاه، وجَب أن نتبيَّنها، لصلتها بحقيقة كلٍّ من البطلان والفساد.

فالنهي المطلق عن المشروعات ـ في اجتهاد أصوليي الحنفية، كما استخلص من

---

(١) «كشف الأسرار، على أصول الإمام فخر الإسلام البزدوي» للإمام عبد العزيز البخاري: (١/ ٢٥٦).
وراجع «أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ ـ ٧٩).
هذا، والنهي بالمعنى المصدري، وهو طلب الكف عن الفعل حتماً على جهة الاستعلاء مما يُعنى ببحثه المتكلمون.
أما النهي بالمعنى الاسمي، أي بصيغة «لا تفعل» فذلك مما يُعنى به الأصوليون، لأنهم يبحثون عن أحوال الأدلة اللفظية السمعية.

(٢) «أصول السرخسي»: (١/ ٧ ـ ٨٩).

بحوثهم الأصولية فيه ـ هو حقيقة في وجوب الامتناع على نحوٍ يتمُّ به ابتلاء المكلف فيما نُهي عنه، كما رأيتَ، إذ المقصود في النهي هو الابتلاء، كالأمر.

غير أن الأمر طلبُ إيجاد المأمور به على أبلغ الوجوه، مع بقاء اختيار المخاطب فيه، والنهي هو وجوبُ الامتناع عن الإيجاد على أبلغ الوجوه، مع بقاء اختيار المخاطب فيه أيضاً. إذن، قيد «**بقاء اختيار المخاطب في كل من الأمر والنهي**» عنصرٌ أساسي في حقيقة كلٍّ منهما شرعاً.

وبدهيٌّ أن لا ابتلاء بلا اختيار.

فإن أقْدَمَ المكلَّف على إيجاد المنهيِّ عنه، كان آثماً، عاصياً، لمخالفته موجب النهي[١]، وإن امتنع عن إيجاده كان مُمتثلاً مثاباً، وبذلك يتمُّ ابتلاؤه في الإقدام والإحجام، أي لا بدّ من تحقق اختياره، إذ لا ابتلاء بلا اختيار، ولا اختيار إلّا في شيءٍ مُمكن الوجود شرعاً.

معنى الإمكان:

اتضح لك معنى «الإمكان» وهو «كون الشيء متصور الوجود شرعاً بحيث يسع المكلف إيجادُهُ بمعناه الشرعي[٢] كلما أراد، حتى إذا أوجده وجد بحكم الشرع».

أما المستحيل شرعاً، فهو الأمر المشروع الذي نُسخت مشروعيته، كالتوجه إلى بيت المقدس في الصلاة، فلا يسع المكلفَ أن يُوجِدَ تَوجُّهاً إلى بيت المقدس مشروعاً، إذ يستحيل عليه إعادة هذه المشروعية من جديد بعد رفعها، لأن هذا ولايةُ شَرْعٍ، وهو لا

(١) «أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ وما يليها).

(٢) لا الحِسِّي، أو اللغوي المجرد.

يقول الإمام عبد العزيز البخاري في حاشية كشف الأسرار على أصول البزدوي (١/ ٢٦٤ ـ ٢٦٥): «إن الله تعالى ابتلى عباده بالأمر والنهي، بناء على اختيارهم، فإن أطاعه باتمار بما أمر، والانتهاء عما نهى، باختياره، والابتلاء بالنهي إنما يتحقق إذا كان المنهي عنه متصورَ الوجود، بحيث لو أقدم عليه يوجد، وهذا موجَب النهي حقيقة».

وانظر في هذا المعنى أيضاً: «حاشية المرآة» للإزميري: (١/ ٣٢٥).

يملكها، أو بعبارة أخرى، أصبح مستحيلاً على المكلف أن يوجد تَوجُّهاً إلى بيت المقدس في الصلاة بمعناه الشرعي بعد نسخه، لأن هذا من تصرفات الشارع.

إذا تقرر هذا، فإن الشارع الحكيم، إذ ينهى عن المشروعات، فإنما يطلب من المكلف الامتناع عن إيجاد المنهي عنه بمعناه الشرعي لا الحسي، ولا اللغوي، أي يطلب إليه الكف عن إيجاد الشيء المشروع الممكن لا المستحيل المنسوخ الذي رفعت مشروعيته.

فمن ذلك، مثلاً، النهي عن أداء الصلاة بالنسبة للحائض، لقوله ﷺ: «**دَعِي الصلاةَ أيام أقرائك**»[١].

وكذلك، النهي عن الصوم يوم العيد.

فالمراد طلب الامتناع عن أداء الصلاة والصوم في معناهما الشرعي المقترن بالنية، لا مجرد المعنى اللغوي للصلاة بمعنى الدعاء، أو مجرد الإمساك الحسي عن الطعام، لِحمية، أو مرض، أو عدم اشتهاء، مما يطلق عليه الصوم لغةً أو حساً.

فتأدى بنا هذا إلى أنه لا بد ـ ليكون المنهي عنه ممكناً ـ أن تبقى مشروعيته بعد النهي، كما كانت قبله، ليتأتَّى معنى الامتناع باختيار المكلف، فيتحقق بذلك معنى النهي حقيقة، حتى لا يكون نهياً عن المستحيل، ويلزم العبث، إذ لا يتأتى الامتناع عن شيء إلّا بعد إمكان وجوده شرعاً[٢].

وأيضاً، لو رَفَعَ النهيُ المطلق عن المشروع مشروعيتَهُ، كما في النهي عن الصلاة أيام الحيض، والصوم يوم العيد، لكان كلٌّ منهما قبيحاً في ذاته، لكنه مشروع، بل هو عبادة مفروضة، فتعيَّن بقاء مشروعيته في ذاته بعد النهي، كما كانت قبله، وإنما المحرمَ الأداء في هذا الظرف، لا المؤدَّى وفرق بين الأداء والمُؤَدَّى[٣].

---

(١) أخرجه أحمد: ٢٤١٤٥، من حديث عائشة بلفظ: «أيام حيضِك»، وهو حديث صحيح، وانظر: «التلخيص الحبير»: (١/ ١٧٠).

(٢) وسيأتي تفصيل ذلك في بحث الأدلة.

(٣) اسم مفعول من أدى، وسنفصل القول، في ذلك أيضاً في مقامه.

فتلخص، أن حقيقة النهي المطلق عن المشروع، لا يوجب البطلان، أي لا يرفع أصل مشروعيته، بل ينصرف إلى غيره، خلافاً للجمهور، ولو رفعها، لأصبح إيجاده بمعناه الشرعي مستحيلاً، إذ ليس للمكلف ولايةُ الشرع، بإعادة المشروعية بعد نسخها لأن هذا من تصرفات الشارع، والنهي عن المستحيل عبث، لأن المستحيل ممتنع بنفسه(١)، لا بامتناع المكلف عنه باختياره(٢)، فلا يتأتى طلب الامتناع عن الممتنع في ذاته، كقولك للأعمى لا تبصر، وللأصم لا تسمع، وللمقعد الزَّمِن لا تمش، إذ البصر، والسمع، والمشي، بالنسبة إلى هؤلاء أمور ممتنعة بذواتها، أي مستحيلة، فلا يتصور امتناعهم عنها، إذ ليس لهم في ذلك اختيار، فلا يتأتى بالتالي نهيهم عنها، لأنه عبث، والشارع الحكيم ينزه عنه.

فثبت أن حقيقة النهي المطلق من المشروعات، لا يوجب البطلان، أي رفع أصل المشروعية، بحيث يصبح المنهي عنه مستحيلاً، بل يوجب بقاء أصل المشروعية بعد النهي كما كان قبله، حتى يكون ممكناً، فلا تلزم الاستحالة، والعبث، مما لا يتحقق معه امتناع، ولا ابتلاء، ولا مثوبة، ولا عقوبة.

وإذا كان النهي المطلق عن المشروعات يوجب بقاء أصل مشروعية المنهي عنه، كما بينا، فإنه لا يكون مُنصباً على عين المنهي عنه، بل على غيره، مما هو متصل به وصفاً أو مجاورة، إلّا بدليل.

فيكون المنهي عنه مشروعاً بأصله، وغير مشروع بوصفه، حتى يقوم الدليل على أن النهي منصب على الذات، فترتفع المشروعية، وحينئذ لا يكون النهي مستعملاً في معناه الحقيقي، بل في معناه المجازي، من النّفي الذي هو سبيل النسخ: إخباراً عن عدم المشروعية، لا طلباً للانتهاء والامتناع، وهذا خارج عن محل النزاع.

---

(١) جاء في «حاشية المرآة» للإزميري: (١/ ٣٢٥) في هذا المعنى ما نصه: «ولولا تصور وجود المنهي عنه ممكناً، لكان عدم المنهي عنه، لعدم إمكانه في نفسه، استحالته، لا لامتناع المكلف عنه باختياره».

(٢) معنى قوله: «مع بقاء اختياراً لمن طلب فيه». «أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ وما يليها).

وإنما يعرف استعمال النهي في النفي مجازاً، بقرينة استحالة المنهي عنه لرفع مشروعيته، ووجه المجازان، العلاقة بين النهي والنفي، هي كون كلٍّ منهما يدل على الحرمة. غير أن الحرمة في النفي لعدم وجود أصل التصرف شرعاً.

والحرمة في النهي مدلول له.

فالنفي بيان شرع، بمعنى إخبار من الشارع بارتفاع أصل المشروعية عن المنفي كالنسخ. بخلاف النهي المطلق، فإنه طلب الامتناع حتماً عن الأداء، لمعنى في غير المُؤَدَّى، فالمحرم هو الأداء، لا المُؤَدَّى، كما أشرنا.

نظير ذلك الامتناع عن الخمر، لعدم وجدانها، فإنه لا يتحقق الامتناع باعتباره فعلاً يتعلق باختيار المكلف، لأنها ممتنعة بنفسها، فإذا انتفى الاختيار، فلا يتأتى الابتلاء[1]، بخلاف ما إذا كانت موجودة، وكان بوسع المكلف أن يتناولها باختياره، ولكنه امتنع امتثالاً وتعظيماً لحق الناهي، وهو الله تعالى، فيكون حينئذ مُثاباً بفضله سبحانه، لتركه تناول الحرام باختياره، وهذا هو الابتلاء الذي يتم على أساس الاختيار.

لذا، نص الإمام السرخسي على هذا «القيد» عنصراً جوهرياً في حقيقة النهي المطلق عن المشروعات.

هذا في النهي المطلق الذي لا يتصور معناه الحقيقي إلّا مع بقاء أصل مشروعية المنهيِّ عنه، وهذا يستلزم بالتالي انصرافَهُ إلى غير المنهي عنه، لا إلى عينه، حتى لا تنعدم تلك المشروعية، فيفقد النهي بذلك حقيقته، وإذا بقي أصل المشروعية انتفى البطلان، إذ لا يجتمعان.

فلا حجة للجمهور في أن أثر النهي المطلق عن المشروعات يوجب البطلان، لما بينا.

أما إذا اقترن النهي بما يدل على أنه منصرف إلى «عين» التصرف المشروع،

---

(١) «المرآة» للإزميري: (١/ ٣٢٥ وما يليها).

وماهيته، بحيث ينسخ أصل المشروعية، ويرفعها، لخلل جوهري ـ في ذات التصرف ـ فقد استفيد هذا من القرينة، لا من النهي، لأن حقيقة النهي طلب الامتناع، لا الإخبار عن رفع المشروعية الذي سبيله النفي، فيكون النهي المقترن مستعملاً في معناه المجازي، وهو النفي، كما بينا، بما اقترن به دليل صرفه عن معناه الحقيقي.

ولكن النهي المقترن بدليل خارجٌ عن موضوع النزاع، لأن بحثنا في موضوع النهي المطلق عن المشروعات، لا النهي المجازي المقيد.

مثال ذلك، نهي الشارع عن بيع الأجنة في بطون أمهاتها من الحيوانات، فقد اقترن بهذا النهي دليل على بطلان هذا النوع من البيع، ورفع مشروعيته أصلاً لانعدام محله، لا من النهي المطلق، بل من قرينة كون الأجنَّة معدومة، ومن كونها ليست مالاً متقوماً.

ونحن نعلم أن الشارع الحكيم قد جعل «محل البيع» المال المتقوم حال إبرام العقد، والأجنة غير موجودة، حال العقد، ولا مالية فيها، فحقيقة التصرف غير موجودة أصلاً، لانتفاء جزءٍ من أجزائه وهو «المحل» وانتفاء جزء جوهري في العقد، كانتفاء جميع أجزاءه، أن الجزء ما يتوقف تصور وجود الشيء على وجوده، فانعدم التصرف أصلاً في اعتبار الشارع، وهذا هو البطلان. لكن هذا البطلان لم يكن أثراً للنهي المطلق الذي نحن بصدد البحث فيه، بل للدليل الذي اقترن بالنهي، حتى جعله بمعنى النفي، إخباراً عن عدم المشروعية أصلاً، لا طلباً للانتهاء، فافترقا. فكأن الشارع قد أخبرنا بهذا النهي المقترن، بأن المنهي عنه، قد نسخ، وأصبح غير مشروع أصلاً، وهذا مفهوم النفي لا النهي.

والعبرة للمعاني لا للصور والمباني.

وإذا أخبرنا الشارع بأن هذا التصرف غير مشروع أصلاً، فلم يعد بالتالي ممكناً إيجاده من قبل المكلف إذا أراد، مخالفةً للشارع وعصياناً، وإن كان ممكناً إيجاده حسّاً، لأن غير المشروع قد أصبح مستحيلاً، ممتنعاً بنفسه، فلا يتأتى ابتلاؤه، لعدم اختياره على ما أسلفنا.

ذلك هو تحليل الفلسفة الأصولية لمفهوم النهي المطلق عن المشروعات، كما حدده الإمام السرخسي بقوله: «**هو طلب مقتضى الامتناع عن الإيجاد على أبلغ الوجوه مع بقاء اختيار المخاطب**».

حتى إذا انتفى هذا القيد، وهو قوله: «مع قباء اختيار المخاطب»، انتفت بالتالي حقيقة النهي المطلق، وكان بمعنى النفي الذي هو إخبار عن تصرف الشارع برفع المشروعية أصلاً، ونسخها، إذ لا اختيار للمكلف في ذلك[1]، ولا ولاية.

الفرق بين النهي المطلق عن المشروعات، والنفي الذي هو سبيل النسخ:

هذا، والنسخ تصرف من الشارع في المشروع برفع مشروعيته، فينعدم المنهي عنه شرعاً، بفعل الشارع، فإذا امتنع المكلف عنه، كان كمن يمتنع عن الشيء لعدم وجدانه إياه، فلا يثاب على امتناعه هذا[2]، إذ لا يتعلق بهذا الامتناع اختياره، ولا يتم به ابتلاؤه، لأنه ممتنع بنفسه، بخلاف النهي، لأنه تصرف من المخاطب بالمنع من فعل المنهي عنه باختياره، بمعنى أنه منع للمخاطب عن أداء ما هو مشروع في الأصل، فيكون امتناعه عن أدائه، انتهاءً عما نهي عنه، فيتحقق بذلك موجَب النهي ويثاب عليه.

هذا، ومقتضى النهي المطلق حرمةُ المنهي عنه، لا نسخُ أَصْل مشروعيته، فيفسد الأداء فقط ويحرم، لأن فيه تركَ الانتهاء الواجب بالنهي[3]، ولكن يبقى الأصل مشروعاً كما كان قبل النهي، وقد أتينا بأمثلة توضيحية فارجع إليها، إن شئت.

وفيما تقدم رد على الجمهور، حيث يذهبون ـ كما سيأتي ـ إلى أن النهي المطلق عن المشروعات، يوجب رفع المشروعية أصلاً عن المنهي عنه.

---

(١) جاء في «المرآة» للإزميري: (١/ ٣٢٥) في هذا الصدد ما مفاده: «لولا تصور وجود المنهي عنه ممكناً، لكان عد المنهي عنه، لعدم إمكانه في نفسه ـ استحالته ـ لا لامتناع المكلف عنه باختياره. فيصير النهي نسخاً (نفياً) والنهي خلاف النسخ».
هذا، ونذكرك بما أشرنا سابقاً، من أن المشروعية إنما ترفع عن المنهي عنه، إذا انصب النهي على عين التصرف ـ ذاتاً أو جزءاً ـ لأنه حينئذ يقتضي القبح العيني، وهذا يستلزم البطلان.

(٢) وموجَبُ النهي هو الانتهاء، فيكون ممتثلاً ومثاباً. (٣) المراجع السابقة.

الفرق بين موجَب النهي ومقتضاه:

قلنا، إن النهي - أصولياً - طلب مقتضى الامتناع عن فعل حتماً على وجه الاستعلاء، أثر ذلك أو موجَبُهُ هو «وجوب الامتناع، والترك»(١).

وهذا يقتضي «القبح» بالإجماع.

فالقبح إذن ليس مدلولاً عليه بمنطوق النهي، بل هو مقتضى، أو لازم عقلي من لوازمه، إذ العقل يحكم بأن الشارع إذا طلب الامتناع عن أداء فعل ومباشرته، لزم عقلاً أن يكون قبيحاً، لأن الشارع لا ينهى عما هو حسن، لقوله تعالى: ﴿وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْيِ﴾ [النحل: ٩٠].

وفي «المرآة»: «**والقبح مقتضى للنهي لا موجَبُهُ**(٢)».

«**القبح يثبت مقتضى للنهي، لازماً عقلياً متقدماً على نهي الشارع لا متأخراً (في اجتهاد الحنفية)**».

ذهب الحنفية إلى أن النهي يقتضي القبح، فيثبت لازماً متقدماً على نهي الشارع، بمعنى أن المنهي عنه، لما كان قبيحاً، نهى الشارع عنه، فثبوت القبح إذن في المنهي عنه سابق على ورود النهي الشرعي عنه، خلافاً للشافعية الذين يذهبون إلى أن الشيء لما نهى الشارع عنه، فقد قبح، فيثبت القبح - في اجتهاد الشافعية - مقتضى للنهي، لازماً متأخراً عن النهي لا متقدماً(٣).

---

(١) «أصول السرخسي»: (١/ ٨٦)، و«المرآة»: (١/ ٣٢٥).

(٢) الموجب - بفتح الجيم - اسم مفعول من أوجب أي أثبت، والمراد هنا أثره الذي يثبت في المنهي عنه، «أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ وما يليها).

(٣) «التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (١/ ٢٢١ وما يليها).

ووجهة نظر الحنفية في هذه المسألة، فرع عن أصلهم في مسألة الحسن والقبح، ولا يتسع المجال هنا لتفصيل القول فيها.

غير أن الحنفية يرون، أن للأفعال حُسناً وقبحاً ذاتياً، وأن الله تعالى لا يأمر بشيء إلا إذا كان متصفاً بالحسن، ولا ينهى عن شيء إلّا إذا كان متصفاً بالقبح، عقلاً.

وفيما نحن بصدد البحث فيه، يرى الحنفية، أن متعلقات النهي قسمان: أمور حسية، وهذه نوعان: =

النهي المطلق يقتضي التحريم بالإجماع إن ثبت بدليل قطعي:

يلزم من النهي المطلق الذي هو شرعاً: طلب الكفّ عن فعل على سبيل الحتم والإلزام، أن يكون المنهي عنه حراماً.

فالتحريم لازم النهي، مدلول عليه بطريق الاقتضاء.

غير أن الحنفية يرون أن النهي إذا تعلق بعين المنهي عنه، أو بوصف لازم غير منفك، يفيد التحريم، إن ثبت بدليل قطعي الثبوت، ويفيد الكراهة التحريمية إن كان الدليل ظنيّاً.

أما إن كان النهي متعلِّقاً بأمر مُجاورٍ مُنفك، فيفيد الكراهة فحسب عند جمهور الأصوليين والفقهاء، كالبيع وقت النداء، سَواءٌ أكان الدليل قطعياً أم ظنياً[١].

أما الظاهرية والإمام أحمد[٢]، فذهبوا إلى أنه يفيد التحريم والبطلان، أخذاً بظاهر النهي، بقطع النظر عن مورده، ومقصد الشارع من النهي فيه.

وذهب أبو الحسين البصري[٣] إلى أن النهي لوصف مجاور، يفيد البطلان في العبادات دون المعاملات، ويتفق مع الحنفية في المعاملات، وسيأتي تفصيل القول في بحث الأدلة.

= الأول: ما يكون قبيحاً لذاته، بحيث يستقل العقل بإدراك قبحه، ولذا جاء محرماً في جميع الملل، ومُحْكَماً لا تقبل حُرمتُهُ النسخ، منذ عهد النبوة، كالكفر والعبث، لما في الأول من جحود الخالِقِ والرسالة، وجحود النعمة، ولما في الثاني من الخلوّ عن الفائدة، مما يتنافى مع قيام الشرع على الحكمة والمصلحة.

الثاني: ما يكون قبيحاً، ويرجع قبحه لجهة تَرْجح على غيرها، كالزنا، فإنه قبيح لما فيه من تضييع النسب، وحرمته لا تقبل النسخ.

ويرى فريق من الأصوليين أنه قبيح لعينه شرعاً.

وهذان النوعان ـ في واقع الأمر ـ جرائم، ولذا لا يقر الشرع اتخاذها سبباً للنعمة، فلا إرث في الزنا، ولا في القتل العمد والعدوان.

ومن هنا، لا يتصور أن يكون النهي المطلق عن البيع يوجب بطلانه في ذاته، لأنه حسن في ذاته، ويدرك العقل حسنه قبل ورود الشرع به، فلو قلنا برفع مشروعيته بالنهي المطلق، لكان قبيحاً في ذاته، ولأدّى ذلك إلى التناقض، كما سيأتي تفصيل ذلك في بحث الأدلة.

(١) المرجع السابق.

(٢) «الفروق» للقرافي: (١/ ٨٢ وما يليها) «الفرق السبعون».

(٣) «المعتمد في أصول الفقه»: (١/ ١٨٣ وما يليها)، طبع المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية بدمشق، بتحقيق الدكتور محمد حميد الله: ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م.

النهي في الشرعيات يفيد حكمين: أحدهما دنيوي قضائي، والثاني أخروي:

أما الحكم الدنيوي، فمن مثل الصحة والبطلان عند الجمهور، ويضيف الحنفية حكم الفساد، كجزاء وسط بين الصحة والبطلان.

وأما الأخروي، فالتحريم، والكراهة، ويزيد الحنفية «**الكراهة التحريمية**»، بناء على أَصْلِهِم من التفريق بين الدليل الثابت قطعاً، والثابت ظنّاً.

وهذا يستدعي بحث مفهوم كل من الصحة والبطلان والفساد أصولياً، وهل هذه الأحكام شرعية أو عقلية؟

وإذا كانت شرعية، فهل هي تكليفية أو وضعيَّة؟

مفهوم الصحة والبطلان والفساد أصولياً:

ميزنا ـ فيما سبق ـ بين الأحكام الدينية المباشرة لأفعال المكلفين، وهي الأحكام التكليفية الخمسة: من الوجوب والندب والإباحة والحرمة والكراهة[١]، وبين الأحكام الدنيوية من الصحة والفساد والبطلان، فهذه الأخيرة أوصاف يضفيها المشرع على المشروعات من العبادات والعاملات، أحكاماً دنيوية وقضائية، تبعاً لكونها قد تحققت حقائقها الشرعية، من أركان وشرائط تكوين وانعقاد، أو شرائط صحة، فيحكم عليها بالصحة، أو تخلف شيئاً من مكوناتها أو شروطها فيحكم عليها بالبطلان أو الفساد، على الخلاف في ذلك بين الأصوليين والفقهاء.

فالحكم بالصحة أو عدمها إذن، إنما هو حكم يتعلق بالمشروعات نفسها، وليس حكماً على من يباشر هذه المشروعات، من المكلفين.

مفهوم الصحة في عرف المتكلمين والفقهاء:

ذهب المتكلمون إلى أن «الصحة» في «العبادات» هي: «كون المأتي به منها موافقاً لما أمر به الشارع»[٢].

---

(١) يضيف الحنفية ـ كما تعلم ـ حكم الكراهة التحريمية، وهو أقرب إلى الحرام.

(٢) «التلويح على التوضيح» لسعد التفتازاني: (١/ ٩٣ ـ ٩٤)، و«فواتح الرحموت» لابن عبد الشكور: =

وأما في المعاملات، فالصحة - في اصطلاحهم - هي: «كون المعاملة مُستتبعةً لآثارها المقصودة منها» أي تلك الآثار التي شرعت المعاملة من أجلها، وهذا المعنى هو ما عبر عنه بعض الأصوليين بقولهم: الصحة هي: «استتباع الغاية».

أما الفقهاء فيرون أن الصحة في العبادات، هي: إسقاط القضاء، وتفريغ الذمة.

فصحة العبادة هي كونها مُجزئةً، ومُسقطةً للقضاء فيما فيه قضاء ومُفرغةً للذمة مما شغلها من وجوب الأداء.

وأما في المعاملات، فهي «كون المعاملة محصِّلةً للملك والحل» أي حِلِّ الانتفاع بالعوضين.

أما الملك، فثمرة المعاملة في الدنيا، وأما الحل، فحكم أخروي يترتب عليه الثواب، ومقابله الحرمة التي يترتب عليها العقاب.

والواقع من الأمر، أن مفاهيم الصحة في العبادات والمعاملات في اجتهاد المتكلمين والفقهاء، ليس بينها تباين أو اختلاف جوهري في التصور، ذلك لأن تعريف الفقهاء لصحة العبادة بكونها مجزئة، ومبرئة للذمة، ومسقطة للقضاء، لا يختلف عما ذهب إليه المتكلمون من تعريفها بكونها موافقة المأتي به من العبادة لأمر الشارع، إذْ من المعلوم بداهةً أنَّ العبادة لا تكون مُجزئةً إلّا إذا كانت موافقةً لما أمر به الشارع من استكمالها لأركانها وشرائطها.

وكذلك المعاملات، فإنها لا تستتبع غايتها التي شرعت من أجلها، أو آثارها التي رتبها الشارع عليها مما يتعلق بمصالح المكلفين، إلّا إذا كانت حقائقها قد توافرت، إذ لكل منها وضع شرعي خاص، أو كيان ذاتي شرعي مستقل، ينبغي أن يأتي به المكلف ويحققه في الوجود الخارجي على وفق ما رسم الشارع، وبذلك يتأتى الوجود الاعتباري للتصرف الشرعي الذي يستتبع خصوصياتها وآثارها المقصودة منها.

= (١/ ١٢١ - ١٢٣)، و«نهاية السول مع سلم الوصول»: (١/ ٩٤، وما يليها) للأسنوي، والشيخ بخيت المطيعي.

ولا ريب أن ترتب الآثار المقصودة من التصرف عليه، حكم دنيوي، ومن ثمراته الملك[١]، وحل الانتفاع بالعوضين.

الامتثال والإجزاء في العبادات:

والواقع، أن «الصحة» في العبادة ثمرةُ الامتثال، وهو الإتيانُ بالمشروع على الوجه المطلوب شرعاً.

والامتثال على هذا الوجه يوجب الإجزاء الذي هو الصحة[٢].

ومن هنا، عرف بعض الأصوليين «الإجزاء» في العبادات، بأنه سقوط القضاء «**أي عدم المطالبة بتحصيل تلك العبادة مرة أخرى، وهذا هو تفريغ الذمة**».

فتلخص أن الإتيان بالمشروع على الوجه المطلوب شرعاً هو الامتثال، والامتثال يوجب الإجزاء الذي هو الصحة، لموافقة المؤتى به لما أمر به الشارع، وتنعدم المطالبة التي تعني سقوط القضاء، مطلقاً، لا في الوقت ولا بعده، وتفرغ الذمة مما شغلها من المأمور به.

وعلى هذا، فليست «**الصحة**» هي الإتيان بالمأمور به، فذلك هو الامتثال، وإنما الصحة هي: «**كون المأمور به قد تحقق على وفق ما أمر به الشارع**» وهذا هو الإجزاء.

---

(١) وقد تطلق الصحة على العبادات والمعاملات ويراد منها الحكم الأخروي، فحسب، فيقال: هذه العبادة أو المعاملة، صحيحة، بمعنى أنها تترتب عليها المثوبة من الله تعالى.
غير أنَّ الصحة في المعاملات لا توصف بالإجزاء، فلا يقال هذا العقد مجزئ، بل يقال صحيح، ولا توصف بالإجزاء بمعنى الصحة إلا العبادة.

(٢) غير أن بعض الأصوليين يفسر الإجزاء بمعنى الامتثال، ليصبحا مترادفين، فيعرف الإجزاء بأنه الأداء الكافي لسقوط ما عليه.
والأداء الكافي هو الامتثال لما أمر به الشارع على أبلغ الوجوه فيما يتحقق فيه اختيار المكلف وابتلاؤه، كما تقدم.
أما المعنى الآخر للإجزاء الذي ذهب إليه بعض الأصوليين فهو: «سقوط القضاء» مطلقاً، أي عدم المطالبة بتحصيل ذلك المأمور به مرة أخرى لا في الوقت ولا بعده.
ونرجح هذا المعنى الأخير للإجزاء في العبادة.

فالامتثال أو الائتمار إذن يوجب الصحة أو الإجزاء.

مفهوم البطلان أصولياً عند الجمهور(١):

جمهور الفقهاء على أن البطلان ضدُّ الصحة، ومقابلٌ لها، ولا يوصف بهما إلّا «التصرفات الشرعية» ولا واسطة.

أما الأمور الحسية المنهي عنها لذاتها، فلا توصف بالبطلان، لأنها لا توصف بالصحة، فإذا كانت «**الصحة**» هي كون المشروع المؤدَّى موافقاً لما أمر به الشارع بحيث يكون مُجزئاً، ومُسقطاً للقضاء(٢)، ومفرغاً للذمة، في العبادات، أو هي موافقة التصرف المشروع الذي أتى به المكلف من المعاملات، لما أمر به الشارع، بحيث يستتبع آثاره المقصودة منه شَرْعاً، فيثبت بها الملك والحل، كما أسلفنا، فإن البطلان ـ إنْ في العبادات أو المعاملات ـ هو «مخالفةُ الأمر المشروع الذي أتى به المكلف لما أمر به الشارع».

---

(١) أما البطلان لغة:

فقد جاء في لسان العرب ما يفيد أن البطلان هو الهَدْر والضَّياع والخُسْر، من بطل الشيء بُطْلاً (بضم الباء وتسكين الطاء)، وبطلاناً: ذهاب الشيء ضياعاً وخُسراً، فهو باطل.

والقرآن الكريم يقابل الحق ضداً بالباطل، فإذا كان الحق هو الأمر الثابت من كل وجه، فإن الباطل لا يثبت، إذْ لا يقوم على أساس، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْبَٰطِلَ كَانَ زَهُوقًا﴾ [الإسراء: ٨١].

ومن ذلك ما جاء في السنَّة من حديث الرسول ﷺ حينما دخل عليه شاعر، وكان في حضرته عمر، فقال عليه السلام للشاعر: «**اسكت إن عمر لا يحب الباطل**» [أخرجه أحمد: ١٥٥٨٥، من حديث الأسود بن سريع، وإسناده ضعيف]. نهياً له عن التكسب بالشعر، ابن الأثير «غريب ألفاظ الحديث»، «لسان العرب».

وأشار القرآن الكريم أيضاً إلى معنى آخر للباطل في ميدان التعامل، بمعنى السبب غير المشروع، ويقتضي ذلك التحريم: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩] لأن ما أفضى إلى الباطل فهو باطل.

وجاء في أساس البلاغة ما يفيد أن الباطل ضِدُّ الصدق: قال فلان قولاً بُطْلاً (بضم الباء وتسكين الطاء).

وهذه المعاني لا تتفق مع معنى البطلان في عرف الأصوليين والفقهاء «لسان العرب»: (١٣/ ٨٥)، طبع بولاق، «أساس البلاغة»، «المصباح المنير»، «مختار الصحاح».

(٢) «المعتمد»: (١/ ١٨٥)، لأبي الحسين البصري.

ويدل على مخالفة التصرف لما أمر به الشارع، إذا تحقق فيه ما ورد النهي عنه، أو كان بيان من الشارع بتحريمه.

ويرى الجمهور أن النهي المطلق[١] عن المشروعات يوجب البطلان، وانعدام أصل المشروعية، سواء أكان مورد النهي عين التصرف أم جزأه أم وصفاً لازماً قائماً فيه، لأنّ التصرف ـ أصلاً ووصفاً لازماً ـ يؤلف ـ في نظر الجمهور ـ وحدة كاملة، لا انفصام لها، والخلل في الوصف يورث الفساد في الأصل، لأن التصرف وحدة كاملة لا تقبل التجزيء.

يؤكد هذا، أن النهي المطلق يوجب القبح المطلق، والقبح المطلق ينصرف إلى الكامل[٢]، وهذا هو القبح الذاتي الذي يستلزم البطلان، وينسخ المشروعية أصلاً ووصفاً.

أما إذا كان النهي مقترناً بما يدل على أنه لمعنى في غير التصرف، أي لوصف مجاور منفك، فإنه يقتضي القبح في المنهي عنه لغيره، لا لذاته.

وعلى هذا فالجمهور يرى أن الأصل العام في النهي المطلق، انصرافه إلى «الذات» أصلاً ووصفاً لازماً، واقتضاؤه القبح الذاتي[٣]، وهذا هو المعنى الحقيقي للنهي، وموجبه ومقتضاه، والقبح الذاتي يستلزم البطلان.

أما النهي المقترن بما يدل على أنه لوصف مجاور، فإن المنهي عنه يكون صحيحاً، لسلامة التصرف عن المفسدة، أصلاً ووصفاً، ويفيد الكراهة، لمكان النهي عن المجاور.

وانصراف النهي إلى الوصف المجاور، إرادة للمعنى المجازي للنهي، لأن حقيقة انصرافه إلى الذات، لا إلى المجاور.

---

(١) المراد بالنهي المطلق الذي لم يقترن به ما يدل على أنه للذات أو للوصف الملازم.

(٢) المطلق ينصرف إلى الكامل، لأنه حقيقة فيه، ولا يصرف عنه إلّا بدليل، ولا دليل.

(٣) وهذا يستلزم البطلان، كما قدمنا، لأن المشروعية لا تجتمع مع القبح الذاتي إجماعاً، ومعنى ذلك أن حقيقة النهي المطلق رفعُ المشروعية عن التصرف أصلاً ووصفاً أي نسخها عند الجمهور.

ويستقرئ الجمهور الحالات التي يكون فيها النهي منصرفاً إلى عين التصرف ـ أصلاً ووصفاً لازماً ـ فيوجب البطلان في كل منهما، فوجدوها في ثلاث:

أولاها: النهي المطلق عن القرينة.

الثانية: النهي الذي يقترن بما يدل على أنه لذات[١] المنهي عنه، وهذا بالإجماع.

الثالثة: النهي الذي يقترن بما يدل على أنه لوصف ملازم[٢].

فالمنهي عنه في هذه الحالات باطل وغير مشروع أصلاً.

فالتصرف إمّا صحيح، وإمّا باطل، ولا واسطة.

وأن الباطل يطلق عليه الفاسد، لأنهما مترادفان[٣] مفهوماً، وسبباً، وحكماً.

أما المفهوم فهو ارتفاع المشروعية أصلاً وانعدامها.

وأما السبب فلفوات الركن، أو شرط الركن، أو وصف لازم.

وأما الحكم، فانعدام الآثار المقصودة من التصرف، إذْ لا يترتب أيُّ أثر منها، لأنه إذا كان معنى الصحة، هو استتباع الغاية، فالبطلان، عدم استتباعها، والبطلان والفساد يقابلها، فالقسمة ثنائية، كما قدمنا.

فالنهي المطلق عن التصرف الشرعي ـ في اجتهاد الجمهور ـ كالنهي عن الأمر الحسي، كلاهما يدل على عدم المشروعية أصلاً.

رجوع النهي إلى فقدان ولاية أحد العاقدين، يوجب بطلان التصرف عند الشافعية، خلافاً للحنفية:

هذا، وقد يكون موردُ النهي، فقدان ولاية أحد المتعاقدين، كبيع الفضولي، إذ لا ولاية له على محل العقد الذي يشترط فيه أن يكون موجوداً، أو ممكناً، حال إبرام العقد، ليتأتى إمكان تسليمه، ومالاً متقوماً، وملكاً لأحد المتعاقدين، أو لمن ينوب عنه.

---

(١) كالنهي عن بيع الأجنة، أو بيع الميتة، أو الخمر.

(٢) كالبيوع الربوية.

(٣) «نهاية السول مع سلم الوصول»: (١/ ٩٦ ـ ٩٧).

وكذلك بيع الراهن المرهون، وبيع السفيه، وبيع الصبي المميز.

فهذه العقود باطلة في اجتهاد الشافعية، خلافاً للحنفية الذين يرونها صحيحة جائزة، ولكنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن[١].

إذ يرى الشافعية أن النهي عنها لوصف ملازم قائم في التصرف[٢].

ويرجع فقدان الولاية إلى عدم ولاية العاقد في التصرف في محل العقد، لعدم الملك، أو النيابة عن المالك.

وقد يرجع إلى نقصان الأهلية، كالصبي المميز، والسفيه.

أو إلى تعلق حق الغير، كبيع الراهن المرهون، دون إذن المرتهن الذي تعلق حقه بالرهن، احتباساً، لاستيفاء دَينه من ماليته عند عجز المدين عن الوفاء، وفي تصرف الراهن بالمرهون دون إذن المرتهن، تضييعُ حقه، لذا، منع الشارع ولاية الراهن على التصرف بالمرهون، لتعلق حق الغير به.

ولا يرى الحنفية أن النهي لفقدان الولاية، في وصف لازم[٣] على ما سيأتي بيانه.

أدلة الجمهور:

استدلَّ الجمهور على أن النهي المطلق الذي لم يقترن بما يدل على أنه للوصف المجاور[٤] يوجب البطلان، بما يأتي:

أولاً: بالسنة:

فقد روت السيدة عائشة رضي الله عنها أنَّ النبي ﷺ قال: «**مَنْ عمل عملاً ليس عليه أمرنا، فهو رد**»[٥]؛ أي أن الفعل المنهي عنه مردود.

---

(١) ومنشأ الخلاف هل الولاية على محل التصرف، أو على التصرف نفسه، شرط انعقاد، أو شرط نفاذ، بالأول قال الشافعية، وعلى هذا لا يعترفون بالعقد الموقوف، ويعتبرونه باطلاً، غير منعقد، وبالثاني قال الحنفية، واعتبروا الموقوف من أقسام العقد الصحيح، منعقداً غير نافذ، وسيأتي البحث فيه.

(٢) أسباب اختلاف الفقهاء: ص١٢٨ للشيخ علي الخفيف.

(٣) وعلى هذا، فالخلاف في تحقيق المناط في التطبيق في النظر والحكم.

(٤) إذ لا فرق عند الجمهور بين انصراف النهي إلى الذات أو الوصف اللازم، فيوجب البطلان في كلتا الحالتين، أما حالة انصرافه إلى الوصف المجاور فبالدليل كما علمت.

«روضة الناظر» ص١١٤، لابن قدامة المقدسي موفق الدين.

(٥) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥١٢٨.

ووجه استدلالهم أن قوله ـ عليه السلام ـ مردود، أي على فاعله.

والأصل أن الرد للذات، فإذا لم يمكن، لوجوده حساً، فيقتضي رد ما يتعلق به، ليكون وجوده وعدمه سواء، وهذا هو البطلان، لأن الباطل معدوم شرعاً، والمعدوم شرعاً كالمعدوم حِسّاً، فتحقق بذلك أقرب معنى إلى رد الذات.

والتصرف الشرعي المنهي عنه نهياً مطلقاً، ليس على وفق ما أمر الله تعالى، فيكون مردوداً، أي باطلاً لا وجود له، ولا اعتبار في نظر الشارع.

لا يقال إن معنى قوله ﷺ: «فهو رد» أي الفعل المنهي عنه، غير مقبول، فلا يكون قربة أو طاعة مثاباً عليها، وهذا شيء وراء البطلان، إذ لا يلزم من كون الفعل غير مثاب عليه، أن لا يكون سبباً لترتب أحكامه الخاصة به عليه[1]، لا يقال هذا، لأن المتبادر من كلمة «فهو رد» أنه مردود الذات، والتبادر أمارة الحقيقة، فإذا لم يمكن، لوجوده حِسّاً، فيصار إلى أقرب المتعلقات معنى للحقيقة، وهو البطلان، لأن الباطل معدوم شرعاً، والمعدوم شرعاً، كالمعدوم حِسّاً[2]، فأضحى وجوده وعدمه ـ في نظر الشارع ـ سواء، وهذا أقرب معنى لرد الذات حِسّاً.

وفي معنى الحديث الأول، قوله ﷺ: **«من أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد»**[3] تأكيد لعدم اعتبار التصرف المنهي عنه أصلاً وأثراً.

ثانياً: احتجاج السلف، من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، بل العلماء في جميع الأعصار على بطلان[4] التصرف بمجرد النهي عنه.

---

(١) وهذا ما يقول به الحنفية، وَرَدّ الجمهور على ذلك بقولهم: «لا يقال هذا»، وأتوا بالدليل الذي ينقض دعوى الحنفية.

(٢) «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي: (٢/ ٢٨١)، وراجع «روضة الناظر» لابن قدامة: ص١١٤.

(٣) أخرجه البخاري: ٢٦٩٧، ومسلم: ٤٤٩٢، وأحمد: ٢٦٠٣٣، من حديث عائشة، بلفظ: «من أحدث في أمرنا...».

(٤) «إرشاد الفحول» للشوكاني: ص١١٠، ويقول حاكياً مذهب الجمهور: «استدل الجمهور على اقتضائه للفساد ـ البطلان ـ شرعاً، بأن العلماء في جميع الأعصار لم يزالوا يستدلون به على الفساد ـ البطلان ـ في أبواب الربويات، والأنكحة، والبيوع، وغيرها».
وراجع «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي: (٢/ ٢٧٩).

فقد استدل عمر رضي الله عنه على بطلان نكاح المشركات بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ﴾ [البقرة: ٢٢١] دون نكير، فكان إجماعاً.

واحتجوا على بطلان عقود الربا بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وبقوله عز وجل: ﴿وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟﴾ [البقرة: ٢٧٨] وهو في معنى النهي، وبقوله عليه السلام: «**لا تبيعوا الذهب إلّا مثلاً بمثل**»، وفي رواية: «**لا تبيعوا الذهب بالذهب، والورق بالورق، إلّا مثلاً بمثل**»[1] وغير ذلك كثير[2].

ثالثاً: واحتجوا بالمعقول:

قالوا: إن العقد المقترن بوصف الفساد كالبيع المقترن بشرط ربوي، لو اعتبر منعقداً في نظر الشارع ـ كما يقرر الحنفية ـ على الرغم مما يقوم به من وصف الفساد، فلا تخلو هذه الحال من افتراضات ثلاثة:

الأول ـ ألا يكون له أثر، ولا تترتب عليه ثمراته المقصودة منه، وحينئذ لا يكون ثمة فرق بينه وبين الباطل، وهذا ما نقول به.

الثاني ـ أو ترتب عليه الآثار التي اتفق عليها المتعاقدان، وهذا غير جائز أيضاً، لما يتضمن من إقرار الشارع لوصف الفساد الملازم، فكأن الشارع يُحل ما حرم، وإذا كان هذا باطلاً، فيكون التصرف مع فساد الوصف باطلاً أيضاً، لأن ما يؤدي إلى الباطل باطل بالبداهة، وهو ما نقول به أيضاً.

الثالث ـ أن نجعل هذا التصرف الذي اتصل به وصف الفساد، آثاراً تتفق مع مقصد الشارع، دونما اعتبار لمقصد المتعاقدين، وهذا غير جائز أيضاً، لما فيه من نقض لمبدأ التراضي، وهو أساس العقد لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] والمقصود بالتجارة المعاوضة، ولقوله عليه السلام: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه**»[3].

---

(١) أخرجه البخاري: ٢١٧٧، ومسلم: ٤٠٥٤، وأحمد: ١١٠٠٦، من حديث أبي سعيد الخدري.
والورق ـ بفتح الواو، وكسر الراء ـ الفضة.

(٢) ومن ذلك استدلالهم على بطلان نكاح المحرم بالنهي، وبطلان بيع الطعام قبل قبضه بالنهي، المراجع السابقة.

(٣) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثربي، وهو صحيح لغيره.

وهذا ينفي جواز إلزام المتعاقدين بما لم يلتزم به، بمحض رضاهما، فوجب الحكم ببطلانه، وهو مذهبنا.

فتلخص أن اعتبار مرتبة وسطى بين الصحة والبطلان وهي مرتبة الفساد، في كل حال من هذه الحالات المفترضة، يؤدي إلى مناقضة أحكام الشريعة، ومقاصدها، ومنطق التشريع، فيكون ذلك باطلاً بالضرورة، فالقول بوجود العقد الفاسد لا أساس له في الشرع[1]، في اجتهاد الجمهور.

رابعاً: إن النهي عن الشيء يدل على تعلق المفسدة بعين التصرف، أو بما يلازمه من وصف متصل، لأن الشارع لا ينهى عن المصالح، وإنما ينهى عن المفاسد، وفي الحكم عليها بالبطلان أبلغ طريق لإعدام المفاسد.

خامساً: إن النهي عن المشروع لو أفاد بقاء مشروعية الأصل، وصحته، لانصراف النهي إلى غير عين المنهي عنه، مما يستلزم القول بانعقاده سبباً لحكمه، لترتب على ذلك نقض حكمة الشارع في النهي من وجهين:

أولهما ـ أن اعتبار أصل المنهي عنه سبباً منعقداً لترتب بعض الأحكام عليه، فيه تسليط للمكلف على مباشرة هذا السبب المنهي عنه تحصيلاً لثمرته، وفي النهي منع له من التوسل، وبين التسليط والمنع تناقض ظاهر.

الثاني ـ إن مقصود المكلف متعلق بالأثر المترتب على السبب المنهي عنه، وفي القول بانعقاده تمكين من الشارع للمكلف بتعاطيه، وفي النهي منع من التمكين، ولا يتأتى هذا من الشارع الحكيم، للتناقض، وهذا الاستدلال قريب من معنى سابقه.

سادساً: إن تعلق النهي بالوصف الملازم للتصرف، كتعلقه بعينه سواء بسواء، لكونهما وحدة كاملة لا تنفصم، فالخلل في الوصف يوجب الفساد في الأصل الموصوف.

وأيضاً، ما كان النهي من الشارع عن التصرف أصلاً أو وصفاً، إلّا لغلبة المفسدة

(١) «الفروق» للإمام القرافي: (٢/٨٦).

ورجحانها على ما فيه من مصلحة ، فإذا كان الأصل سالماً عن المفسدة، لتوافر أركانه، فإن هذا الأصل أصبح مغموراً بالفساد، لعارض النهي، في وصفه الملازم له، فوجب القول ببطلانه جملةً، لأن مشروعية الأصل أضحت مرجوحة، لرجحان مفسدة النهي في الوصف اللازم عليها، والمرجوح كالمستهلك المعدوم[١]، والمعدوم قد خرج عن اعتبار الشارع، فأوجب ذلك البطلان أصلاً ووصفاً، وهو ما نتجه إليه.

سابعاً: إن النهي عن التصرف المشروع يدل على البطلان ظاهراً، لا نصاً[٢]، بمعنى أن الأصل أن النهي المطلق يدل على البطلان، ويحتمل الدلالة على الصحة بالدليل، فيكون ذلك استثناء من الأصل العام، ولا تناقض، حتى إذا انتفى الدليل كان العمل بالظاهر واجباً، ولا يجوز صرفه إلى غيره أو تأويله إلّا بدليل، كما في النهي عن الوصف المجاور، إذ لا تأويل بلا دليل.

فثبت ما قلنا من أن الأصل في النهي المطلق أنه يدل على البطلان، وأن النهي عن الوصف اللازم يدل على البطلان أيضاً، لرجحان فساد الوصف على مشروعية الأصل.

ثامناً: قياس النَّهي المطلق على الأمر المطلق.

الأصل في الأمر أنه يدل على الحسن الذاتي، إلّا لدليل يصرفه إلى غيره إجماعاً، فكذلك النهي، يدل على القبح الذاتي الذي يستلزم البطلان، إلّا إذا دلَّ الدليل على أنه نهي لوصف مجاور.

والفرق تحكُّم.

وأيضاً، النهي المطلق ينصرف إلى الكامل، أخذاً بالمعنى الحقيقي للنهي،

---

(١) «الإحكام في أصول الأحكام»: (٢/ ٢٧٩ وما يليها)، و«روضة الناظر» ص١١٤ في أصول الفقه الحنبلي.

(٢) راجع بحثاً أصوليّاً مستفيضاً في الظاهر والنص، مفهوماً وحكماً، والفرق بينهما، ومدى قوة وضوح مقصد الشارع في كل منهما، واحتمالهما للتأويل، في كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي»: ص٣٩ ـ ٤٨. [ط. الرسالة ٢٠٠٨]، وكتابنا «أصول التشريع الإسلامي»: ص٧٥ وما يليها ـ المقرر على السنة الرابعة من كلية الحقوق بجامعة دمشق ـ طبع جامعة دمشق ١٩٧٦ / ١٩٧٧.

والأصل في الكلام الحقيقة، ولا يصرف إلى المجاز إلّا بدليل، ولا دليل مقترناً يصرفه عن هذا المعنى، لأن المفروض أنه مطلق لا مقيد بما يدل على أنه لوصف مجاور.

وإذا كان المطلق ينصرف إلى الكامل عملاً بالحقيقة، فالقبح الكامل هو القبح الذاتي، وهذا يستلزم البطلان، أو عدم المشروعية أصلاً، كما بينا.

تاسعاً: إن موجَب[١] النهي هو وجوب الانتهاء حتماً، أو لزوم الامتناع والترك، وهذا يستلزم التحريمَ، وكونَ الفعل معصية، والمعصية لا تجامع المشروعية، للتضاد، فوجب القول برفع مشروعية التصرف المنهي عنه أصلاً، ونسخها، دفعاً للتناقض، إذ الحرمة والمشروعية لا يجتمعان[٢].

عاشراً: وأيضاً، لو قلنا أن النهي المطلق يقتضي بقاء أصل المشروعية، مع فساد الوصف ـ كما يقرر الحنفية ـ لكان معناه، وجود التصرف من وجه دون وجه أي مشروع أصلاً، وغير مشروع وصفاً، وهما مما يتنافى والقبح الذاتي الذي هو مدلول إطلاق النهي حقيقة، واللازم للقبح الذاتي ـ كما علمنا ـ هو البطلان، أو عدم مشروعية[٣] التصرف أصلاً في اعتبار الشارع من كل وجه.

---

(١) موجب النهي ـ بفتح الجيم ـ الأثر الثابت به، أو حكمه ـ كما أسلفنا.

(٢) «المرآة» للإزميري: (١/ ٣٢٤)، و«التقرير والتجبير شرح التحرير» للكمال ابن الهمام: (١/ ٣٢٩)، و«شرح المنار وحواشيه»: ص٢٥٨ ـ ٢٨٤، و«فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت بها من المستصفى»: (١/ ٣٩٨ ـ ٤٠٥)، و«كشف الأسرار»: (١/ ٢٥٧ ـ ٢٩٨)، و«بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/ ٥٩ ـ ٦٠ و١٩١ ـ ١٩٢).

(٣) سيأتي تحديد مفهوم «المشروعية» في اجتهاد كل من الجمهور، الحنفية، ويبدو من وجهة نظر الجمهور أن «المشروعية» تعني الإباحة والطاعة، ولا ريب أن الإباحة أو الطاعة، لا تجتمع مع الحرمة للتنافي.
غير أن الحنفية يرون أن «المشروعية» تعني «الصحة» وهي ترتب الأثر، أو استتباعه، كما قدمنا، لوجود المقتضي، وهو الوضع الشرعي، وانتفاء المانع، إذ الشارع هو الذي وضع الأفعال والتصرفات أسباباً جعلية تستتبع آثارها، فإذا وجدت أركانها، سالمة عن المفسدة، استتبعت أثرها الأصلي وهو الملك، وهذا حكم دنيوي، وقد يجتمع الملك مع الحرمة، ولا تناقض، أو بعبارة أخرى، قد تجتمع المشروعية ـ بمعنى استتباع الأثر ـ مع الحرمة، على ما سيأتي بيانه. «التوضيح مع التلويح»: (٢/ ٢٢١)، و«نهاية السول» للآسنوي: (١/ ٩٦)، و«كشف الأسرار»: (١/ ٢٥٧).

مفهوم البطلان أصولياً في اجتهاد الحنفية، والفرق بينه وبين الفساد، معنى، وسبباً، وحكماً، مع الأدلة:

قدمنا، أن الأثر الثابت بالنهي المطلق عن التصرفات الشرعية، هو «منشأ الخلاف» في نظريتي البطلان والفساد، بين الأصوليين والفقهاء.

وأن «محل النزاع» هو «التصرفات الشرعية» لا الأمور الحسية.

وبيَّنَّا، أن الجمهور يرى أن الأصل في النهي المطلق عن المشروعات، يدل على البطلان، لما أتوا به من أدلة.

وأنه لا فرق ـ في اجتهادهم ـ بين كون مورد النهي أصل التصرف، أو وصفه اللازم.

وعلى هذا، فلا فرق بين البطلان والفساد، فكلاهما ـ عند الجمهور ـ سواء معنى، وسبباً، وحكماً، كما أسلفنا.

وأنه يجب العمل بمقتضى هذا الأصل العام، ولا يعدل عنه إلّا للضرورة، وذلك بأن يقوم الدليل على أن مورد النهي وصف مجاور منفك، وحينئذ لا يكون له تأثير على كيان التصرف الشرعي، أصلاً ووصفاً، فيصح، وينعقد سبباً لآثاره جميعاً، مع الكراهة.

أما الحنفية، فيرون أن الأصل العام في النهي المطلق، أنه لا يوجب البطلان، فلا تأثير له في صحة التصرف، ولا في بطلانه، وإنما ينحصر تأثيره في «التحريم» لاقتضاء النهي للقبح إجماعاً، أو بعبارة أدق، إن النهي المطلق يوجب قبح المنهي عنه، لمعنى في غيره، متصل به، لا لعينه، حتى يبقى التصرف في أصله مشروعاً.

وبيان ذلك، النهي ينصرف إلى الوصف اللازم، لا إلى الذات، فيكون التصرف مشروعاً بأصله، وغير مشروع بوصفه، لتعلق النهي بهذا الأخير، وهذه هي مرتبة «الفساد» بين الصحة والبطلان.

وذلك، كالبيع مع شرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولا جرى به العرف، ولا

ورد به نص يجيزه، وفيه نفع لأحد المتعاقدين[١]، أو لكليهما، أو البيع بالخمر ثمناً للمبيع بين المسلمين، وكالبيع مع الربا، والطلاق أو القربان حال الحيض، أو صوم الأيام المنهي عن صومها، فالنهي في مثل هذه الأحوال، يدل على الفساد[٢]، لا البطلان، لتعلق النهي بالوصف دون الذات، فيبقى الأصل مشروعاً، ويعتري الفساد الوصف[٣].

وعلى هذا ، فإن الأصل يبقى مشروعاً بعد النهي، كما كان مشروعاً قبله، لأن النهي لمعنى في غيره.

ويجب العمل بمقتضى هذا الأصل العام، ولا يُعدل عنه إلّا للضرورة، وذلك في حالتين:

إحداهما ـ إذا قام الدليل على أن مورد النهي هو عين التصرف، لفقدان ركن من أركانه، كبيع الأجنة في بطون أمهاتها، أو بيع الخمر محلاً للبيع بين المسلمين، أو الميتة، أو الخنزير، مما ليس محلاً للبيع شرعاً، ولعدم قبوله حكم العقد، فيكون حينئذ باطلاً وهذا بالإجماع.

والثانية ـ إذا قام الدليل على انصراف النهي لوصف مجاور منفك، كما أسلفنا، ليكون التصرف صحيحاً منتجاً لجميع خصوصياته وآثاره المقصودة منه، مع الكراهة.

وعلى هذا، فالباطل هو ما كان معدوماً شرعاً من كل وجه، وخارجاً عن اعتبار الشارع، فلا ينعقد سبباً لحكمه، لخلل في أركانه، بخلاف الفاسد، فهو ما كان أصله

---

(١) راجع بحث «الشروط المقترنة بالعقد تقييداً».

(٢) ونحن نرجح أن يكون النهي لوصف ملازم في العبادات يدل على البطلان، إذ لا يجتمع قصد القربة وقصد المعصية فيها، للتناقض، فتبطل، وليس كذلك المعاملات، على ما سيأتي تفصيله.

(٣) «الإحكام في أصول الأحكام»: (٢/ ٢٧٩)، و«التوضيح مع التلويح»: (٢/ ٢٢٢ وما يليها)، و«كشف الأسرار»: (١/ ٢٥٧)، و«المرآة»: (١/ ٣٢٤ وما يليها)، و«شرح المنار وحواشيه» ص٢٥٨ وما يليها، و«التقرير على التحرير»: (١/ ٣٢٤ وما يليها)، و«التقرير على التحرير»: (١/ ٣٢٩)، و«نهاية السول»: (١/ ٩٤ وما يليها)، و«إرشاد الفحول»: ص١١٠، و«الفروق»: (٢/ ٨٣).

مشروعاً، ومنعقداً، لسلامة أركانه عن المفسدة، فاستلزم صحة الأصل، أو المشروعية الناقصة، بمعنى ترتب بعض الآثار عليه إذا تأيَّد بالقبض، ويكون واجبَ الفسخ، لفساد وصفه، ولأنه متعلَّق النهي، ولمكان الحرمة فيه، حقاً للشرع، إلّا إذا تعذر ذلك، حماية لحق مكتسب للغير، أو تحقيقاً لمقتضيات العدالة في العقد بين طرفيه بعد القبض، على ما سيأتي بيانه.

فالفاسد يعتمد المشروعية الناقصة بالنظر إلى الأصل، وتتعلق به المفسدة والحرمة بالنظر إلى الوصف، فهو عقد ناقص المشروعية تشوبه الحُرمة، ولذا كان واجب الفسخ، وجاز التصرف فيه للغير تصرفاً ناقلاً للملك يُطَهِّرُهُ، ويُخرج الصحة عن المعصية.

مفهوم المشروعية ـ أصولياً ـ بين الحنفية والجمهور:

تبدى لك مما سبق، أن «مفهوم المشروعية» أصولياً ـ في اجتهاد الحنفية ـ آنفاً يعني ترتيب الأثر المقصود من التصرف الشرعي.

وأصل المشروعية، لا يوجد إلّا بوجود أصل التصرف، أثراً له، ولا ينعقد التصرف سبباً لحكمه الشرعي بداهة إلّا إذا وجدت أركانه الجوهرية فيه، وشروط تكوينه أو انعقاده، حتى إذا وجد أصل التصرف فقد وجد أصل المشروعية، لوجود المقتضي، وهو وضع الشارع التصرف سبباً لحكمه، وانتفاء المانع، فالتلازم ـ كما ترى ـ قائم بين عين التصرف وأصل المشروعية.

أما إذا انعدم عين التصرف، فقد انعدمت المشروعية أصلاً، لأنها مرتبطة به، وجوداً وعدماً، ارتباط المعلول بالعلة.

وهذه هي الصورة الوحيدة «للبطلان» في اجتهاد الحنفية.

وعلى هذا، فالمشروعية ـ في اجتهاد الحنفية ـ لا تعني الإباحة، ولا الطاعة أو القربة، كما أسلفنا، خلافاً للجمهور، وإنما تعني ترتب الأثر، أو استتباع الغاية.

وقد علمت، أن استتباع الغاية هي «الصحة».

إذن، فالمشروعية أو الصحة، هي موجب النهي المطلق عن التصرف المشروع، لانصراف النهي إلى غير الذات، وهو الوصف الملازم، لكنها مشروعية أو صحة ناقصة تشوبها الحرمة. ذلك، لأن بقاء الأصل سالماً عن المفسدة، يستلزم أصل المشروعية، وليس من ضرورة ثبوت الحرمة مقتضى للنهي، انتفاء الأصل، ولا انتفاء المشروعية التي تفيد الملك بالتالي، إذ الحرمة تجامع الملك، كما بيَّنَّا.

ذلك، لأن التحريم والقبح، وإن كان مقتضى للنهي بالإجماع، أياً كان مورده، تحقيقاً لحكمة الناهي، وهو الله سبحانه، لكنه حكم ضروري.

وأما المشروعية، بمعنى استتباع الغاية، أو «الصحة» أو ترتب الأثر، فحكم دنيوي، أو قضائي من أحكام الوضع، لا من أحكام التكليف.

غير أن هذه «المشروعية» ناقصة، لمكان النهي في الوصف المُلازم، كما بينا.

ومن هنا، لم يرَ الحنفية تناقضاً في اجتماع «المشروعية» التي تفيد الملك، لوجود المقتضي، وهو انعقاد أصل التصرف سبباً لحكمه، بوضع الشارع، ولخلُوّه من المفسدة، وبين الحرمة، إذ الحرمة والملك قد يجتمعان، كما نوّهنا، لأن كليهما بحكم الشارع، وبذلك يتم التوفيق بين أصل المشروعية، ومقتضى النهي، وإعمال الدلائل جميعاً.

مذهب الجمهور في أثر النهي المطلق على التصرف الشرعي:

وأما الجمهور، فرأوا أن «المشروعية والحرمة» متنافيان، بناءً على أن «المشروعية» ـ في اجتهادهم ـ تعني الإباحة، أو القربة، أو الطاعة، ولا يجتمع قصْدُ القربة وقَصْدُ المعصية، أو حِلٌّ وحُرْمَةٌ، للتنافي، كما هو الشأن في العبادات سواء بسواء.

إذن، لا فرق ـ في اجتهاد الجمهور ـ في موجب النهي المطلق ـ وهو البطلان ـ بين العبادات والمعاملات، كما ترى.

ولا فرق أيضاً ـ عندهم ـ في موجَبِهِ ـ وهو البطلان ـ بين ما إذا كان متعلَّقُهُ عينَ التصرف، أو وصفَهُ اللازم، كما قدَّمنا.

وعلى هذا، فإن فكرة الفساد في التصرفات الشرعية ـ في اجتهاد الجمهور ـ تستلزم التناقض، لتفسيرهم المشروعية بالحِلِّ أو الإباحة.

بينما الحنفية، إذ ميَّزوا بين الأصل والوصف، متعلَّقاً للنهي، وحدَّدوا مفهوم المشروعية، بترتُّب الأثر لم يروا هذا التناقض.

ونستنتج من ذلك، أنَّ «عدم الصحة» ـ عند الجمهور ـ لا يتعدّد، وهو «البطلان» في حالتي فساد الأصل أو الوصف اللازم.

أما عدم الصحة ـ عند الحنفية ـ فيتعدّد، فهو فساد وبطلان.

وترتَّب على هذا، أن الجمهور لم تستدع نظرتُهم الأصولية القائمة على عدم التمييز بين حالتي تعلق النهي، إلى التفرقة بين البطلان والفساد، مفهوماً وحكماً، فكلاهما بمعنى واحد (مترادفان)، ولذا كانت القسمة في المشروعات سواء في العبادات أم في المعاملات ـ ثنائية: **الصحة والبطلان، ولا واسطة**، كما أشرنا.

وذلك لما رأوا من التلازم بين الأصل والوصف اللام له، حتى غدا التصرّفُ أصلاً ووصفاً، وحدةً كاملةً لا تتجزأ.

فإذا عرا الوصفَ خللٌ، تسرَّب إلى الأصل[1].

وأما الحنفية، فقد استدعتْ نظرتُهم الأصولية القائمة على التمييز بين الأصل والوصف، متعلَّقاً للنهي، إيجادَ مرتبةٍ وسطى بين الصحة والبطلان، وهي الفساد، كما قدّمنا.

وبذلك، اختلف البطلان عن الفساد ـ في اجتهاد الحنفية ـ منشأً، ومفهوماً، وحكماً، على ما سيأتي تفصيله.

فتحرَّر لدينا، أن منشأ الخلاف بعبارة أدق، هو:

مدى أثر النهي المطلق في ـ مفهوم المشروعية ـ في التصرُّف الشرعي، في اجتهاد الأصوليين والفقهاء.

---

(١) «نهاية السول مع سلم الوصول» للأسنوي: (١/ ٩٤ وما يليها)، و«الفروق»: (٢/ ٨٢ وما يليها).

التمييز بين البطلان، والفساد، منشأً، ومفهوماً، وحكماً، في اجتهاد الحنفية:

أما منشأ البطلان، فخللٌ جوهريٌّ في أصل التصرُّف، من أركانه وما يتعلَّق بهذه الأركان من شروط الانعقاد.

ومنشأ الفساد خلَلٌ في الوصف اللازم، وهو أمرٌ خارجٌ عن ذات التصرف، ولكنه متّصل به.

أ ـ وأمّا معنى أو مفهومُ «البطلان» **فيعني انعدام معنى التصرف، لخللٍ جوهريٍّ في أركانه**، فتنعدم بذلك المشروعيةُ أصلاً، بحيثُ يُخرجه عن اعتبار الشارع، والمعدوم شرعاً كالمعدوم حِسّاً، إذ لم تنعقد سببية التصرف لحكمه، لانعدام معناه شرعاً.

فلا يكون مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً، ولا يترتب عليه أيُّ أثر من الآثار المقصودة منه.

ب ـ وأما الفساد، **فهو عدم مشروعية الوصف خاصة، دون الأصل**، لتعلق النهي بالوصف، مع بقاء الأصل منعقداً سبباً لحكمه، لخلُوِّه عن المفسدة، فيستدعي أصل المشروعية، مقابلةً للأصل بالأصل[١]، لكنها مشروعيةٌ ناقصةٌ، كما أشرنا، لمكان النهي في الوصف.

وأما حكم البطلان، فعدم ترتُّب أيِّ أثرٍ من آثار التصرف المقصودة منه، فيما لو كان صحيحاً[٢]، إذ المعدوم في اعتبار الشارع، لا ينتج أثراً.

وأما حكم الفساد، فلا يترتب عليه أثرٌ قبل القبض، فهو والباطل سواء، ويجب فسخه، حتى إذا تم القبض ترتّبَتْ بعض آثاره، ومنها المِلْك الحرام، لمكان النهي في الوصف، ووجب الفسخ حقاً للشرع، إلّا لمانع، على ما سيأتي بيانه.

---

(١) «الفروق» للقرافي: (٢/ ٨٣ وما يليها).

(٢) أوردنا هذا القيد احترازاً عن بعض الآثار التي تترتب على العقد الباطل، من مثل ضمان المشتري للمبيع بيعاً باطلاً، بعد القبض، حتى لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء.

كل ذلك فيما خلا «العبادات» على الأرجح، وألحق مُتقدِّمو الحنفية عقد النكاح بالعبادات إذ لا فرق فيها بين بطلان وفساد[1].



(١) سيأتي أن الأرجح عدم التفرقة بين البطلان والفساد في النهي المطلق عن العبادات، إذ المقصود منها أثر واحد، هو الطاعة والقربة، والثواب الأخروي، وهذا لا يُجامع قصد المعصية، للتناقض، فلذا رجَّحنا البطلان.

تأصيل نظرية الفساد في الفلسفة الأصولية عند الحنفية

اعتمد الحنفية في تأصيلهم لنظرية الفساد في العبادات والمعاملات، على بحوثهم الأصولية في أثر النهي عن المشروعات في حالتين، وأقاموا الأدلة على اتجاههم فيه، حيث انتهوا فيهما إلى أن النهي لا يوجب البطلان، إذ لا أثر له على مشروعية أصل التصرف، ولا عدمها، وإنما ينحصر أثره في التحريم، مع بقاء أصل المشروعية، إلّا إذا قام الدليل على انصراف النهي إلى أصل المشروعية.

وأما المشروعية وعدمها، في المنهي عنه من المشروعات، فتقوم ـ في اجتهادهم ـ على أصل آخر، يجب على المجتهد أن يتبيَّنه في ضوء مقصد الشارع.

وأقاموا الأدلة على ذلك.

أما الجمهور فلم تنهض أدلَّتُهم بصحَّة اتِّجاههم، من أن النَهي يوجب البطلان ورفع المشروعية أصلاً عن المنهي عنه، فيما عدا النهي للوصف المجاور حيث يفيد الكراهة.

ولهذا، قرّر الحنفية أن النهي عن المشروع، إذ لا يمسُّ أصل مشروعيته، تعيَّن انصرافهُ إلى وصفٍ خارجٍ عنه، مُلازمٍ له، فيكون مشروعاً بأصله، وغيرَ مشروعٍ بوصفه، أي ينصرفُ النهيُ إلى هذا الوصف العارض المتصل بالتصرف.

أما الحالتان فهما:

أولاً: حالة النهي المطلق عن المشروعات

والإطلاق هنا معناه: عدمُ اقتران النهي بقرينة أو دليل، يدلُّ على أن النهي منصرفٌ إلى ذات التصرف، أو إلى وصفه.

ثانياً: حالة ما إذا اقترن النهي بدليل يدلُّ على أنه لوصفٍ ملازمٍ.

ففي كلتا الحالتين، الأصل العام[١] ـ في اجتهاد الحنفية ـ أن النهي يوجب الفساد لا البطلان خلافاً للجمهور[٢].

---

(١) هذا هو الأصل العام ـ في اجتهاد الحنفية ـ في الحالتين:
أما إذا قام الدليل على أن النهي منصرف إلى الذات، لخلل في أركانه، أو شرائط هذه الأركان، فإنه يوجب «البطلان» حينئذ، لانعدام معنى التصرف، فيستلزم عدم المشروعية أصلا، وهذا بالإجماع، كما في بيع الأجنة في بطون أمهاتها، وبيع الخمر، وبيع الخنزير، ونكاح المسلمة بالكافر، ونكاح المحارم، لعدم قابلية المحل لحكم العقد، ومعلوم أن العقد لا ينعقد إلّا إذا ترك أثره في المعقود عليه، بأن كان موجوداً، وقابلاً لحكمه، ويكون النهي حينئذ بمعنى النفي مجازاً، لأنه مستعمل بمعنى الإخبار عن رفع المشروعية، وحقيقة النهي، ليست كذلك، لأنها تصرف من الشارع في منع المخاطب من أداء المشروع المنهي عنه، فهو طلب وإنشاء لا إخبار، والنفي سبيل النسخ، لأنه ـ كما قلنا ـ بيانٌ وإخبارٌ عن رفع المشروعية أصلاً، **فهو نهي صورة، ونفي معنى**، والعبرة بالمعاني لا بالصور والمباني.
غير أن هذا خارج عن النزاع، لأن البحث في حقيقة النهي لا في مجازه، ولا في النسخ، ولا في النفي.
وكذلك النهي الذي اقترن به ما يدل على أنه منصرف إلى وصفٍ مجاور منفك، فإنه يوجب **الصحة الكاملة، أو المشروعية الكاملة، لتوافر أركان التصرف وبشرائطه، ولكن مع الكراهة** وهو رأي الجمهور، وليس البحث فيه.

(٢) جاء في «التلويح» للتفتازاني: (١/ ١٠٥ ـ ١٠٧) من مصادر أصول الحنفية: «الفعل المتعلق بمقصود دنيوي، إنْ وقع بحيث يوصل إليه، فصحيح، وإلّا فإن كان عدم إيصاله إليه من جهة خلل في أركانه وشرائطه، فباطل، وإلّا ففاسد».
ثم أخذ يحدد معنى كلٍّ من الصحيح والفاسد والباطل، باعتبار أنها معانٍ متقابلة بقوله: «فعلى ما ذكرنا: الصحة والبطلان والفساد، معانٍ متقابلة، حاصلها أن الصحيح ما يكون مشروعاً بأصله، ووصفه، والباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله، ولا بوصفه، والفاسد ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه».
وبيَّن الإمام التفتازاني مضمون كلٍّ من هذه المصطلحات في فقه أصول الحنفية، ومدى ما يكون له من أثر في حق الحكم، فيقول: «وهذا معنى قولهم: الصحيح ما استجمع أركانَهُ وشرائِطَه، بحيث يكون معتبراً في حق الحكم، والفاسد ما كان مشروعاً في نفسه، فائتَ المعنى من وجه، لملازمة ما ليس =

أو بعبارة أخرى، **يوجب قبحاً في وصف التصرف لا في عينه**، وإلّا أصبح مستحيلاً شرعاً، والمستحيل لا يتأتى فيه معنى الانتهاء، ولا يتم به الابتلاء، فيبطل النهي نفسه.

مثال ذلك: النهي عن «البيع» لشرط مقترن يستثني منفعة المبيع للبائع مدة معينة من الزمن، ولم يجْرِ العرف بذلك، فالشرط الفاسد في مذهب الحنفية، ممنوعٌ بنهيٍ الشارع، لما فيه من مصلحة لأحد طرفَيِّ العقد، والرسول ﷺ نهى عن بيع وشرط، ولأنه ليس من مقتضى العقد، ولا مما يلائمه، ولا ورد به نصٌّ يجيزه.

والعلة هي «الربا» أو شبهته.

= بمشروع إياه بحكم الحال، مع تصور الانفصال في الجملة، والباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه، مع وجود الصورة (الوجود الواقعي الحسي) إمّا لانعدام معنى التصرف، كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف، على التصرف نفسه، كبيع الصبي والمجنون».

هذا، ويلاحظ أن الإمام التفتازاني، لم يذكر انعدام أهلية المتعاقدين على محل التصرف نفسه، لعدم الملك، كالفضولي، أو نقصان أهليته على التصرف، لتعلق حق الغير، لأن انعدام هذه الأهلية أو نقصانها، ليس من أسباب البطلان، كما هو الشأن في اجتهاد الشافعية، بل من أسباب التوقف وعدم النفاذ، على ما سيأتي.

أما في فقه المالكية، فلا تفرقة بين الفساد والبطلان، كجمهور الشافعية.

جاء في «الدسوقي على الشرح الكبير»: «اعلم أن النهي إمّا لذاته، كالدم والميتة، والخنزير، أو لوصفه، وهو الإسكار، أو لخارج عنه لازم، كصوم يوم العيد، لأن صومه يستلزم الإعراض عن ضيافة الله، فإن كان النهي لواحد مما ذكر، كان مقتضياً للفساد (البطلان)، وإن كان النهي عن الشيء الخارج غير اللازم، كالصلاة في الدار المغصوبة، فلا يقتضي الفساد (البطلان)». (٣/ ٥٣).

وجاء في «شرح الجلال على متن جمع الجوامع» للشافعية: «ويقابلها ـ أي الصحة ـ البطلان، **فهو مخالفة الفعل ذي الوجهين وقوعاً، الشرعَ**، وهو.. الفساد أيضاً، فكل منهما مخالفة ما ذكر الشرع، خلافاً لأبي حنيفة».

وجاء في أصول الحنابلة، ما يقرر البطلان حتى في النهي للوصف المجاور ما نصه: «إن النهي عن الأسباب المفيدة للأحكام يقتضي فسادها» (بطلانها) هكذا بإطلاق، وبدليل ما أورد من تفصيل للمذاهب المخالفة. «روضة الناظر» لابن قدامة المقدسي، ص١١٣ ـ ١١٤.

وراجع أيضاً، «الفروق» للإمام القرافي: (٢/ ٨٣ وما يليها) حاكياً مذهب الحنابلة وما فيه من المبالغة والتطرف.

فالنهي ـ كما ترى ـ منصبٌّ على هذا الشرط الممنوع شرعاً، للنهي عنه وتحريمه، والشرط وصفٌ، وليس منصباً على ذات البيع الذي هو مشروعٌ قطعاً، لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] والتجارة هي المعاوضة، والبيع منها.

ولكن المكلّف هو الذي جمع بين البيع المشروع، والشرط الممنوع، فكان لكلٍّ حكمه، بتصرُّف الشارع، وبوضعه، فيجبُ إعمال الأدلة كلها، ما أمكن.

فالنهي المطلق إذن لا يؤثر على أصل مشروعية البيع، ولا يبطله، بل يبقى مشروعاً، بعد النهي، إذا أوجده المكلف، وهذا هو معنى «**الإمكان**» الذي يستلزمه النهي الحقيقي عن المشروع.

ولو أوجد المكلف البيع مقترناً بهذا الشرط، الممنوع، وجد البيع شرعاً، أي حَكَمَ الشرْعُ بوجوده سالماً عن المفسدة، وبصلاحيته أيضاً، لأن يترتب أثره الأصلي عليه، وهو الملك، بالقبض، لأن هذا بوضع الشارع، ولكن مع الإثم، لمكان الحرمة التي يقتضيها النهيُ عن وصفه، وهو الشرط الممنوع، فيكون مشروعاً بأصله، معيباً في وصفه.

ويكون هذا السبب (البيع) ضعيفاً، لملابسة الشرط غير المشروع لأصل التصرف، وصفاً قائماً فيه، لا خللاً أو عيباً متمكناً في أركانه، أقول: لكونه سبباً ضعيفاً، لعل فساد وصفه، لا يقوى على إفادة حكمه الأصلي، وهو الملك، إلّا بالقبض الصحيح المعتبر بإذن البائع ورضاه، قطعاً للمنازعة، أو تخفيفاً لها، مع وجوب الفسخ، خروجاً من معصية تركِ موجب النهي في الشرط، أو وجوب إزالة سبب الفساد إن أمكن، إلّا إذا تعذّر الفسخُ، لتعلُّق حقِّ الغير، أو تحقيقاً لمقتضى العدل، في بعض الحالات، على ما سيأتي تفصيله في آثار العقد الفاسد.

فالشارع إذن هو الذي وضع البيع بمعناه الشرعي سبباً للملك، وحَكَمَ بترتب أثره عليه عند إيجاده على وضعه الشرعيِّ، والنهيُ المطلقُ لا علاقة له بمشروعية البيع في ذاته، أو عدم مشروعيته ـ كما يرى الجمهور ـ وإنما يقتصر أثرُه على التحريم فسحب، وهذا هو حُكْمُه التبعيُّ.

أما المشروعية وعدمها في أصل التصرف، فأساسها غيرُ أثر النهي المطلق، إذْ قد ثبت بأدلة أخرى، كما سيأتي.

وكما حكَم الشارع بوجود أصل التصرف إذا أوجده المكلف، على وضعه الشرعي، حكم أيضاً بالحرمة، لمكان النهي عن الوصف.

فاجتمع بذلك المشروعية والحرمة، بحكم الشارع، في كليهما، ولا تناقض.

هذا، وقد أشرنا آنفاً، إلى أن هذه «**الحرمة**» تبقى مُلازِمةً للتصرف المشروع في أصله، مادام الوصف أو الشرط ملازِماً له، لأنه سببها، ووجب فسخُهُ حقّاً للشرع، على كلا طرفَيْه، بل وعلى القضاء، إلّا إذا زال سبب الفساد، بأن تنازل عن الشرط مَنْ له المصلحة فيه، فحينئذ يصحُّ البيع أصلاً ووصفاً. وتثبتُ له الصلاحية الكاملة لترتُّبِ جميع خصوصيات آثاره عليه، دون توقُّفٍ على القبض، «**إذ الشارع قد منح التصرف الصحيح قوَّةَ الإنشاء، كما منحه قوّةَ الإلزام**»[1].

والخلاصة: أنَّ النهي المطلق عن المشروع يوجب حُكْمَيْن على التحقيق في اجتهاد الحنفية:

أحدهما: حكم أصلي وهو إمكان المنهي عنه، بالمعنى الشرعي، على ما بيّنا، وهذا يستلزم المشرعية بحكم الشرع، ولا يوجب البطلان، إذ لا علاقة للنهي بالمشروعية أو عدمها، كما أشرنا.

الثاني: حكم تبعي، وهو «القبح» الذي يستلزم الحرمة، وهذا بالإجماع، إذ الشارع لا يأمر إلّا بما هو حسن، ولا ينهى إلّا عما هو قبيح، تحقيقاً لحكمة الشارع فيما أمر به، ونهى عنه، وهو الله سبحانه، **والحرمة توجب المعصية والإثم**.

غير أن «القبح» الذي يقتضيه النهي المطلق عن المشروع، هو وصفٌ قائمٌ بالمنهي عنه، **فهو قبح وصفي لا قبح ذاتي أو عيني**، خلافاً للجمهور.

وبذلك، يتأتى اجتماع حكمي النهي: **الأصلي والتبعي**، بحكم الشرع، ولا تناقض.

---

(١) هذا في عقود المعاوضة، وثمة عقود أخرى غير لازمة، كالوكالة والشركة، والعارية.

أما الأصلي، فهو المشروعية.

وأما التبعي، فهو القبح الوصفي أو الغيري، وهذا يقتضي الحرمة.

ومن ثَمَّ، كان الأصل في النهي المطلق عن المشروعات، أن المنهي عنه مشروعٌ بأصله، وغير مشروع بوصفه، وعلى هذين الحكمين للنهي: الأصلي والتبعي، يقوم تأصيل معنى الفساد في اجتهاد الحنفية.

أما الجمهور فيرى أن النهي لا يوجب إلّا حكماً واحداً أصلياً، هو «القبح العيني» الذي يستلزم البطلان، والمعصية، ولا يعترف بمرتبة الفساد، لما تستلزم من التناقض في اجتهادهم، لاجتماع المشروعية أو الإباحة مع الحرمة.

نقد مذهب الجمهور:

ويتَّجه على الجمهور من النقد لما أتى به من أدلة لا تنهض لإثبات إفادة النهي المطلق عن المشروع، أو النهي الذي يقترن بما يدل على انصرافه للوصف اللازم، عدمَ المشروعية، أو البطلان، أقول: يتجه عليه ما يلي:

أ ـ أن النهي المطلق لو كان يرفع أصل المشروعية، أي يوجب البطلان، كما يرى الجمهور ـ لأصبح المنهي عنه معدوماً شرعاً، والمعدوم شرعاً كالمعدوم حِسّاً، فلا يتحقق الانتهاء حينئذ عن المعدوم، وإنما يتحقق الانتهاء عن شيء، والمعدوم ليس بشيء، فلا بد ـ ليصح النهي موجباً لوجوب الانتهاء ـ أن يكون المنهي عنه ممكناً، أي مما يمكن أن يتكون ويوجد بمعناه الشرعي بفعل المكلف، حتى إذا أوجده وُجِد، كما ذكرنا، ووجوده الشرعي يقتضي مشروعيته بحكم الشرع، لا بطلانه.

إذن، القول بأن النهي يوجب البطلان، يبطل معنى النهي نفسه، إذ لا يتحقق موجَبُهُ، وهو الانتهاء، ما دام المنهي عنه معدوماً شرعاً، وليس في وسع المكلَّف إيجاد المعدوم وتكوينه شرعاً على فرض إلغاء مشروعيته ورفعه أصلاً بالنهي.

أما أن الانتهاء لا يتحقَّق في المعدوم أو المُلْغى، فلأن الانتهاء امتناعٌ، والمعدوم ممتنعٌ بنفسه، لا بفعل المكلف، ولو فعَلَه المكلَّف، ففِعْلُه مُنْعدمٌ، وأداؤه لا عبرة به،

ولا يعتبر عاصياً بهذا الأداء، وليس للمكلف ولايةُ الشرع بإعادة المشروعية للتصرف الملغى، أو الباطل حتى يوجده، أو يتحقق الانتهاء عنه، ويتمُّ الابتلاء فيه، فثبت أن النهي عن المعدوم أو المستحيل الشرعيّ عبثٌ، والعبث لا يشرَّعُ، لأن الله تعالى، منزَّهٌ عنه، كما بينا آنفاً.

ب ـ هذا وإعدام المشروعية بالنهي نسخٌ وإلغاءٌ، والنهيُ ضدُّ النسخ، كما بينا.

ج ـ وأيضاً لو أعدم النهيُ المشروعيةَ، لكان في معنى النفي مجازاً، والنفي طريق النسخ، وهذا خارج عن محلِّ النزاع.

وقد بينّا آنفاً الفرق بينهما، فقلنا: إن النسخ تصرُّفُ الشارع في المشروع يرفعُهُ ويلغيه، بحيث لا يبقى المنسوخ متصوَّر الوجود شرعاً، أي ليس ممكناً، ولو وُجد حِسّاً وصورةً، أي يصبح مستحيلاً شرعاً، كما مثلنا بالتوجه إلى بيت المقدس في الصلاة، على ما بينا، بخلاف النهي المطلق ـ في معناه الحقيقي ـ فهو تصرف من الشارع في منع المكلّف من أداء ما هو مشروع، والمنع من الأداء بالنهي تحريم له، فالمحرم هو الأداء، حتى إذا امتنع المكلف عن أداء هذا المشروع المنهي عنه، لتحقق الانتهاء الذي هو موجَب النَّهي، وتتحقق بالتالي معنى النهي، وكان بهذا الانتهاء ممتثلاً مثاباً.

أما إذا أدّى المشروع المنهي عنه، وأوقعه، فإنه يكون عاصياً.

وبذلك يتحقق ابتلاؤه في الأداء والامتناع، على السواء.

إذن، أداء المشروع المنهي عنه هو المحرَّم، لا المؤدّى[1]، وذلك كالنهي عن الصوم يوم العيد، فأداء الصوم في هذا اليوم هو المحرم، وأما الصوم في ذاته فيبقى مشروعاً بل مفروضاً بعد النهي، كما كان قبله، لأنه عبادة، ولا أثر للنهي المطلق على مشروعية الصوم وعدمها، بل على الأداء فقط.

---

(١) بفتح الدال المشددة، اسم مفعول من أدى، لأن المفروض أنه مشروع في ذاته، والنهي وارد على ما يجاوره.

وبذلك ظهر أن النهي المطلق عن المشروع لا يُبطل أصلَ مشروعية، وإنما يفسد الأداء فحسب.

أما أن الأداء فاسدٌ وحرامٌ، فلأن فيه تركُ الانتهاء عن الواجب بالنهي.

فالنهي المطلق عن المشروع إذن يوجب منع المكلف من الأداء، لا نسخ المؤدّى، وإعدام مشروعيته، حتى يكون باطلاً، كما يرى الجمهور.

وإذا بقي الأصل مشروعاً، فقد ثبت أن النهي انصرف إلى غيره وهو الوصف، وهذا ما نقول به، لا إلى عين المنهيّ عنه، كما يرى الجمهور.

هذا، ولا يسع المكلَّف أن يوجد صوماً مشروعاً يوم العيد، لينتهي عنه، ويتحقق ابتلاؤه به، على فرض أن النهي عنه يوجب بطلانه، ورفع مشروعيته.

فثبت أن الصوم بعد النهي عن أدائه في يوم العيد، لم يكن لمعنى في ذات الصوم، لأن الصوم عبادةٌ ومفروضٌ لذلك، بل النهي لمعنى في غيره، وهو الإعراض عن ضيافة الله تعالى، في ذلك اليوم، وإليه الإشارة بقوله ﷺ: «**إنّها أيام أكلٍ وشرب**»[1].

فتبيّن لك مقصد الشارع في مؤرِد النهي، وأنه لا علاقة له بأصل مشروعية المنهي عنه من حيث ذاته.

د ـ ويتَّجه أيضاً على الجمهور في قولهم: إن النهي يقتضي القبح العيني، وهذا يستلزم البطلان، ما يلي:

أما أن النهي يقتضي «القبح» فهذا بالإجماع، ولا نزاع فيه، تحقيقاً لحكمة الناهي، لأن الله تعالى لا ينهى إلّا عمّا هو قبيح.

غير أن النزاع في «موقع القبح» و«مورده» أهو عين المنهي عنه أم وصفه؟

من المقرر أصولياً، أن «المقتضى»[2] لا يصح إثباته على وجه يُبطل المقتضي[3]،

(١) أخرجه مسلم: ٢٦٧٩، وأحمد: ١٥٧٩٣، من حديث كعب بن مالك.

(٢) بفتح الضاد ـ وهو هنا القبح.

(٣) بكسر الضاد ـ وهو هنا النهي؛ وذلك بأن نجعل القبح عينياً.

لأن المقتضى ـ أصولياً ـ إنما يثبت ليصحح المقتضي[١]، ويحقق معناه، لا ليُبطله.

وبيان ذلك، أن مقتضى (بالفتح) النهي هو «القبح» بالإجماع، فلو قلنا أن مقتضى النهي المطلق عن المشروع، هو القبح العيني، كما يرى الجمهور، لأصبح المنهي عنه قبيحاً لعينه، والقبح العيني يستلزم البطلان، كما تعلم، والبطلان يعني «العدم» و«العدم» لا يتحقق به الانتهاء الذي هو موجب النهي ـ كما بيّنا ـ فيبطل بذلك معنى النهي نفسه، وذلك غير جائز.

وأيضاً النهي عن المستحيل الشرعي (المعدوم) عَبَثٌ، إذ المستحيل ممتنعٌ بنفسه، لا بفعل المكلف، كما أشرنا.

تعيَّن إذن، أن نثبت مقتضى النهي وهو «القبح» على وجه لا يبطل معنى النهي نفسه، وهو «المقتضي»[٢]، أو يمنع تحقق معنى موجبه، وهو الانتهاء، بل يجب أن نثبته على وجه يُصحِّح النهي، ويحقق معناه، ومعنى موجبه شرعاً، لذا قلنا: إن مقتضى النهي ـ وهو القبح ـ ينصرف إلى الوصف، دون الأصل، وبطلان الوصف، لا يوجب بطلان الأصل، لأن فساد الوصف لعارض النهي لا يرجَّح على صحة الأصل ومشروعيته، أي أن القبح العارض لا يقتضي الحُسْن الذاتي للتصرف، فيبقى الأصل مشروعاً بعد النهي، ضرورة تصحيح النهي موجَباً للانتهاء. إذ لا يصحُّ النهي موجَباً للانتهاء إلّا إذا بقي المنهيُ عنه مشروعاً، وممكن الوجود بمعناه الشرعي، لا الحسي أو اللغوي المجرّد، من جهة، وترجيحاً لمشروعية الأصل على عارِضِ الوصف، من جهة أخرى.

وقد قدّمنا، أن النهي المطلق عن المشروع بما هو تصرّفٌ من الشارع في منع المخاطَب عن الأداء، لا رفعاً لمشروعية المنهي عنه بحيث يصبح باطلاً، يجعل الأداء الممنوع حراماً لا المؤدّى (بفتح الدال المشددة)، كما فصّلنا.

وإذا بقي المؤدّى مشروعاً ترتب عليه أثره الدنيوي بوضع الشارع، إذا تَقَوَّى بالقبض، ولكن مع الحرمة التي توجب الفسخَ، لفساد الوصف.

---

(١) بكسر الضاد ـ وهو النهي، أو معناه.

(٢) بالياء.

وفي ذلك توفيقٌ بين المشروعية والحرمة، ولا تناقض، إذ الشارع هو الذي حكم بكلٍّ منهما، فوجب إعمالُ الأدلَّة ما أمكن.

هـ ـ ويتجه عليهم أيضاً، في استدلالهم بالقياس، أي قياس النهي المطلق على الأمر المطلق، من حيث إن الثاني يوجب الحُسن الذاتي إجماعاً، فيكون الأول موجباً للقبح الذاتي، عملاً «بالإطلاق» في كلٍّ منهما، لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، والكامل إنما يكون في الذات لا في الوصف، أقول: يتجّه عليهم في هذا ما يلي:

أن المأمور به لا يصير موجوداً بمقتضى الأمر، بداهةً، بل لا بدّ من أداء المكلَّف وإيجاده له على وضعه الشرعي، ليتم ابتلاؤه به، فكذلك النهي، فإن المنهي عنه لا يصير منعدماً وباطلاً بمجرّدِ النهي، بل ولا يتحقق معنى الانتهاء أو الامتناع عن الأداء شرعاً إلّا فيما يتكوّن، أي فيما يمكن إيجاده بمعناه الشرعي، لا فيما هو معدوم ومستحيل شرعاً، لأن هذا ممتنع بنفسه، كما قدَّمنا، لا بامتناع المكلَّف عنه، فكيف يتأتى مع هذا انتهاء وابتلاء؟

و ـ ويتجه عليهم أيضاً في القاعدة نفسها التي استمسكوا بها، من أن المطلق ينصرف إلى الكامل، أنَّ هذا مجمَعٌ عليه، ولا نزاع فيه، لكن المطلق هنا صُرِفَ عن معناه الحقيقي، وهو الانصراف إلى الكمال والذات، إلى معناه المجازي، وهو الانصراف إلى الوصف، والقرينة هي «النهي المطلق نفسه» إذ الشارع لا ينهى عن المعدوم أو المستحيل الشرعي، كما علمت، فوجب حَمْلُ الإطلاق على المجاز، وهو هنا الوصف دون الذات.

على أن هذا قياس في اللغة، وليس بحجّة، ولأن بحثنا في المعاني الشرعية.

ز ـ ويتجه عليهم في ذهابهم إلى أن «المشروعية» لا تجتمع مع القبح الذاتي، للتناقض بين الإباحة والحرمة، أقول: يتجه عليهم أن هذا مسلم ولا نزاع فيه، إذا فُسِّرتْ المشروعية بالإباحة، أو الحِلّ، ولكنّا نعني بالمشروعية ـ كما أسلفنا ـ ترتُّبُ الأثر، وهذا حكم دنيويٌّ، قضائيٌّ، لوجود سببه، وهو أصل التصرف المشروع الذي أوجده المكلف سالماً عن المفسدة، لانصراف النهي عنه إلى غيره، فيستلزم

المشروعية بوضع الشارع، إذ الشارع هو الذي وضع السبب ليترتب عليه مسبَّبُهُ، والمشروعية بهذا المعنى، حكمٌ أصليٌّ لحقيقة النهي ـ كما قدّمنا ـ فتجتمع مع الحرمة، ولا تناقض، **لاختلاف الجهة، ونوعية الحكم**[١].

ح ـ ويتجه عليهم في قولهم، إنه يكفي ـ لتحقق معنى الانتهاء الذي هو موجَب النهي ـ إمكان المنهي عنه بالمعنى اللغوي الحسي لا الشرعي، إذ المنهيات مستعمَلَةٌ في معانيها اللغوية أو الحسية، لا الشرعية، والنهي عن الأمور الحسية يوجب البطلان بالاتفاق. أقول: لا يقال هذا، لتهافت الحجة فيه، ووهْن الاستدلال به، وذلك من وجوه ثلاثة:

الوجه الأول: أن المنهي عنه هو المعنى الشرعي، فنهيه ﷺ عن الصوم يوم العيد، وأيام التشريق[٢]. وكذلك قوله ﷺ: «**دعي الصلاة أيام أقرائك**»[٣] مثلاً، إنما هو نهي عن كلٍّ من الصوم والصلاة بمعناهما الشرعي قطعاً، لا بمعناهما اللغوي، وهو مطلق الإمساك، أو مجرَّد الدعاء، للإجماع على أن المكلف لو أمسك عن الطعام يوم العيد، لِمرض، أو قلةَ اشتهاء، أو حميةً، لا يكون عاصياً، بالإجماع، كما بيّنا، لأن مراد الشارع الامتناع عن «الصوم» في هذا اليوم بمعناه الشرعي، وبنيَّةِ الطاعة، ولم يوجد، كذلك لو أخذ في الدعاء في هذا اليوم لا يأثم.

الوجه الثاني: أن من المتفق عليه، أن نهي الشارع عن الشي إنما يكون لمفسدته، والمعنى اللغوي المجرد، لا يوجب المفسدة التي من أجلها ورد النهي.

فالربا مثلاً في معناه اللغوي، الزيادة، ومطلق الزيادة ليس محرماً، بل المحرم هو الربا بالمعنى الشرعي، وهو الفضل الخالي عن العوض في الأموال الربوية في عقد

---

(١) أما اختلاف الجهة، فلأن المشروعية، هي حكم الأصل وأثره، وأما الحرمة، فلأنها حكم النهي المتعلق بالوصف، دون الأصل، وفرق بين الأصل والماهية، وبين الوصف اللازم الخارج عن الماهية. فالأول حكم دنيوي، والآخر أخروي، فلا تناقض.

(٢) أيام التشريق هي الأيام الثلاثة بعد يوم النحر.

(٣) أخرجه أحمد: ٢٤١٤٥، من حديث عائشة، بلفظ: «**أيام حَيضِك**»، وهو حديث صحيح، وانظر: «التلخيص الحبير»: (١/ ١٧٠).

معاوضة، كبيع درهم بدرهمين، فهذه مفسدة تترتّبُ على المعنى الشرعي، لا اللغوي، كما ترى.

وأيضاً، الشرع هو الذي اشترط «المساواة» في الأموال الربوية بين البدلين[١] قدراً، إذا اتحدا جنساً، في المعاوضة، لتكون مشروعةً يترتُّبُ الأثرُ الكامل عليها، من الملك والحِلّ، وتخلف[٢] شرط «المساواة» هذا، بأن يكون في أحد البدلين فضلٌ خالٍ عن العوض، يُفسد هذه المعاوضة، ويُوجب فسخها، أو إزالة السبب المُفْسِد، لتصحَّ شرعاً، فهذه المعاني كلها ـ كما ترى ـ من المفسدة وسببها، معانٍ شرعيةٍ محضةٍ، لا لغويةٍ حسيةٍ.

لذا، كان الاستدلال بهذه الحجّة متهافتاً.

ومقصد الجمهور من هذا، هو نفيُ وجود التصرف بمعناه الشرعي، لئلا تلزم المشروعيةُ التي تنافي مذهبهم من القول بالبطلان.

الوجه الثالث: إن الشارع، إذ ينهى عن المشروع يجب حملَ المنهي عنه على المفهوم الشرعي الذي حدّده هو، لأن ذلك عُرْفُهُ في المنهيات الشرعية التي وضع لها ألفاظاً خاصة نقلها من معانيها اللغوية، إلى معانٍ شرعيةٍ، هي حقائق من أركان وشرائط، والشارع له عُرْفٌ خاص في الاستعمال، فيجب حمل ألفاظ على عرفه هو، تحرّياً لمقصده فيما شرع، وإلا كانت المناقضة التي تبطل ما ذهب إليه الجمهور من حمل المنهيّ عنه على معناه اللغوي أو الحسِّي المجرّد.

يؤيد هذا، أن المفسدة التي من أجلها نهى الشارع عن الطلاق حال الحيض مثلاً، هي إطالة العدة عليها، إضراراً بها، وهذه مفسدة في عُرْف الشارع سببُها الطلاقُ الشرعيُّ أيضاً في حال معينة يفضي معها إلى هذه المفسدة، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] لملابسة الأذى حال الحيض.

---

(١) في قوله ﷺ: «الذهبُ بالذهبِ، والفضةُ بالفضةِ، والحِنْطَةُ بالحِنْطةِ... الحديث». [أخرجه مسلم: ٤٠٦٨، وأحمد: ٧٥٥٨، من حديث أبي هريرة].

(٢) فكما أن فقدان شرط الجواز يوجب الفساد، فكذلك اقتران الشرط الفاسد، يوجب الفساد.

فالقربان، والطلاق، حال الحيض، يترتب على كلٍّ منهما آثارُه، على الرغم من النهي المتعلق بالأداء أو الفعل في هذا الظرف، وهو أداءٌ محرم لإفضائه إلى الضرر والأذى، فيثبت الإحصان، وكمالُ المهر، والنَّسب، وحِلّ الزوجة لزوجها الأول الذي طلقها ثلاثاً، بهذا القربان، إنْ فعله الزوج، وتقع الفرقة الزوجية بالطلاق، إذا أوقعه ـ كما فصلنا آنفاً ـ وهذه هي المشروعية وهي حكم دنيوي، قضائي، ولكنه آثم، بالفعل أو الإيقاع المحرّم في هذه الحال، وهو حكم أخروي، لأنه منهيٌّ عنه، لإفضائه إلى المفسدة، وإنما أثم لعدم امتثاله بتركه وجوب الامتناع أو الانتهاء، فالأداء محرّمٌ، ولكن أصل القربان، وأصل الطلاق من حيث ماهية كلٍّ منهما، لا يزال مشروعاً، لأنه مملوك بالنكاح، إذ هي زوجته، ولم يؤثّر النهي في أصل مشروعية كل منهما، لاقتصار أثره على الحرمة في الفعل، ولأن الشارع هو الذي وضع كلًّا منهما سبباً لآثاره، فهو الذي حكم بترتُّب تلك الآثار، وهو الذي حكم بالحرمة أيضاً لفساد الوصف الملازم، وهو حال الحيض، وكلُّ هذه معانٍ شرعيةٌ لا لغوية.

ومما يؤكد هذا أيضاً، أن الشارع لم يضع للطلاق مفهوماً شرعيّاً في عُرْفه هو، واطّرح المعنى اللغوي فحسب، بل نقل أيضاً الصيغة الزمنية للطلاق من معنى الإخبار لغةً، إلى معنى الإنشاء شرعاً، بحيث إذا صدرت هذه الصيغة، أنشأت الطلاق إنشاء في الحال، في حكم الشرع؛ لأنه هو الذي وضعها سبباً لذلك، على الرغم من أن معناها اللغوي لا يفيد إلّا الإخبار عن الحصول في الزمن الماضي، وهو غيرُ مرادٍ للمشرع، فخالف عن المعنى اللغوي، إلى معنى شرعي خاص، فأصبح هو المرادُ وحده من هذه الصيغة في عرفه هو[1]، فيجب حملها على هذا المعنى الشرعي لا اللغوي، وذلك كقول الزوج: «أنتِ طالق»، فهذه «الصيغة» تفيد الإخبار عن كونها موصوفة بالطلاق في الزمن الماضي، لغةً وهذا غير مُرادٍ للشارع، ولكنها ـ في المعنى الشرعي ـ تفيد إنشاء الطلاق ووقوعه في الحال، أثراً للتلفظ به، فوجب المصير إلى هذا المعنى الشرعي، دون اللغوي، فكذلك ما نحن بصدد البحث فيه من المشروعات المنهيِّ عنها.

(١) راجع تفصيل ذلك في بحث «المقتضى» في كتابنا: «المناهج الأصولية» ص٢٧٧ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨]

ط ـ ويتجه عليهم في الحديث الذي روَتْهُ السيدة عائشة ﷺ: «**مَنْ عَمِلَ عملاً ليس عليه أمرُنَا فهو رَدٌّ**»[1] أنّا نعمل بمقتضى هذا الحديث كما يلي:

أ ـ أن نقول إنه يجب التفاسخ، أي التراد، جبراً عن المتعاقدين، ولا خيرة لهما فيه، بل وعلى القضاء أن يفسخه إذا علم به، ولو لم يطلب إليه ذلك أحد، لأنه ثبت حقاً للشرع، وحق الشرع لا يجوز التهاون فيه، أو التنازل عنه، تعظيماً لحق الناهي، وخروجاً من الحرمة والمعصية، وهذا نوع ردٍّ.

ب ـ وأيضاً، الملك الثابت بمقتضى التصرف الفاسد خبيث وحرام، ولذا قلنا إنه لا يحل الانتفاع به.

إذن، وجوب الترادّ، وعدم حِلِّ الانتفاع بالملك الثابت بالعقد الفاسد، بعد القبض، كلاهما عمل بمقتضى هذا الحديث في هذا النوع من التصرف الفاسد.

غير أنا لا نقول ببطلانه أصلاً، لأن في ذلك تسويةً بين هذا التصرف المشروع من وجه دون وجه، أي من حيث أصله دون وصفه، وهو الفاسد، وبين غير المشروع أصلاً من كل وجه، وهو الباطل، وهذا غير جائز، لما فيه من مخالفة الشارع في حكمه بمشروعية الأصل في الأول، لوجود المقتضي، وانتفاء المانع، وعدم مشروعية الثاني من كل وجه، فوجب التوفيق بين مقتضى هذا الحديث، وبين حكم الشرع في التصرف الفاسد، فعملنا بالحديث بالقدر الذي يقتضيه مدى المخالفة، ونوعها، في كلٍّ منهما، جزاءً وفاقاً، وتحرياً لمراد الشارع وقصده في كُلِّ مورد من موارد النهي.

ك ـ ويتجه عليهم في استدلالهم بإجماع الصحابة وعلماء الشرع في الأعصار، على أنهم كانوا يحتجون بمجرّد النهي على القبح العيني الذي يستلزم البطلان، من مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]. أن هذا لم يقع إلّا في بعض الأفعال التي كان حكمها يناقض حكم النهي، كالعبادات والنكاح، أما سائر التصرفات الشرعية فكان استدلالهم بالنهي على التحريم فقط، دون البطلان، إذ

(١) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥١٢٨.

الحرمة تجامع المشروعية بحكم الشرع في كلٍّ منهما، كما أسلفنا، ولا تناقض، عملاً بالدلائل جميعاً.

برهان ذلك، حديث ابن عمر: أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فقال: «**مُرْه فليراجعها، ثم ليطلقها طاهراً، أو حاملاً**»[1].

فالنهي عن طلاق المدخول بها حال الحيض، منعاً من الإضرار بها، بإطالة العدة عليها، لم يُبطل حكم الطلاق، بل ثبت حكمه وأثره الدنيوي، وهو «**الفرقة الزوجية**»، مع ثبوت الحرمة، بحكم الشرع، يدلك على هذا، أمْرُ الرسول ﷺ المطلِّق[2] بالخروج من المعصية، بالقدر الممكن، وهو المراجعة، ولو لم يقع الطلاق المنهي عنه، لما أمره الرسول بذلك، والمراجعة ترفع المعصية فقط، ولكنها لا ترفع أثر الطلاق الواقع[3]، ولا تناقض، وغير ذلك كثير.

وهذا ما لم يدل الدليل على البطلان، كما في العبادات، لتناقض حكم النهي مع حكم العبادة، أو يدل على الكراهة مع صحة التصرف كملاً، كما في البيع وقت النداء.

فثبت بالنسبة وعمل الصحابة رضوان الله عليهم أن النهي المطلق، أو النهي لوصف ملازم، لا يقتضي القبح العيني الذي يوجب البطلان، ما لم يقم دليل آخر يدل على ذلك.

الدليل الثاني (على الحال الأولى للحنفية):

لو أن النهي المطلق عن الشرعيات، أو النهي الذي اقترن بما يدل على أنه للوصف اللازم، يوجب القبح العيني ـ كما يرى الجمهور ـ لارتفعت المشروعية أصلاً، عن المنهي عنه، وصار كالمنسوخ، ممتنعاً، لتنافي القبح العيني والمشروعية،

---

(١) أخرجه البخاري: ٥٢٥١، ومسلم: ٣٦٥٢، وأحمد: ٥٢٩٩.

(٢) بتشديد اللام المكسورة، وهو ابن عمر ﷺ.

(٣) «التوضيح مع التلويح»: (٢/ ١٢٣ وما يليها).

وبذلك يحرم ذات الصلاة والصوم، لورود النهي عن بعض أفرادهما، وهذا باطل، لأن كلًّا من الصلاة والصوم عبادةٌ مفروضةٌ أَبَدَ الدهر، فبطل ما أدى إليه، وهو القول بوجوب القبح العيني الذي يستلزم البطلان.

الدليل الثالث:

أن النهي المطلق عن المشروع، مشروعيته ثابتة قطعاً، كالنهي عن البيع مثلاً، فيبقى بعد النهي بيعاً مشروعاً، وبرهان ذلك ما يلي:

أ ـ أما أنه بيع، فلأن البيع في الشرع، مبادلةُ مال مُتقوَّم بمال مُتقوَّم، وهذا واقع.

ب ـ وأمّا أنه مشروع، فللنصوص العامة المطلقة الدالة على مشروعيته وحِلِّه، من مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] والتجارة هي المعاوضة، والبيع نوع منها، لثبوتها بالنصوص القاطعة.

هذا، ومن المقرر أصولياً أن كلًّا من العام والمطلق يجب إجراؤه على عمومه وإطلاقه، ومن ادعى التخصيص فعليه بالدليل، وأدلة الجمهور ـ كما رأيت ـ لا تنهض بهذا التخصيص، فبقيت المشروعية قائمة.

الدليل الرابع:

أن البيع المطلق الذي لم يقترن بشرط فاسد، يفيد الملك والحِلَّ، بالإجماع، واقتران الشرط الفاسد بالبيع لا يصحُّ في حكم الشرع، فكان ذكره كالعدم، إذ الموجود الملحق بالعدم، هو والعدم الأصلي سواء، فإذا ألحق بالعدم شرطٌ في نفس البيع، كان كالبيع خالياً عن المُفْسد، والبيع الخالي عن المفسد مشروع، ومفيد للملك بالإجماع[1]، وهذا استدلال قوي.

هذا في البيع المشروع.

وأما النهي عنه، فهو نهي عن غير البيع لا عن عينه، لوجهين:

---

(١) «البدائع»: (٥/ ٢٩٩).

أولهما ـ أن البيع حُسْنه ذاتي، يدرك العقل حُسنَه قبل ورود الشرع به، لأنه معقول المعنى، وما عُرِفَ حُسنه بالعقل لا ترتفع مشروعيته أصلاً بورود الشرع بالنهي عنه، لأنه يؤدي إلى التناقض، إذ كيف يكون حسناً لذاته وقبيحاً لذاته، في آن معناً، وهذا لا يتصوّر أن يكون مراداً للشارع.

أما أن حسن أصل البيع ذاتي، ومعروف بالعقل، فلأنه سبب لثبوت الاختصاص والملك، واندفاع المنازعة، وبدهي، أن لا سبيل إلى استبقاء النفوس وبقاء البشر إلى الأجل المقدر لهم في هذا العالم إلّا بالأكل والشرب والسكن واللباس، وهي قوام حياتهم، ولا يتأتى ذلك إلّا بالاختصاص والملك الذي سببه البيع والشراء، فلا يعقل أن ترتفع مشروعية السبب وهو البيع، فوجب ـ لهذا المعنى حمل النهي على غير المنهي عنه، وهو ما صرنا إليه.

الوجه الثاني ـ أن حمل النهي عن بعض صور البيع، على غيره، أولى من حمله على أصل البيع المشروع، لأمرين:

الأول: لأن فيه إعمالاً للدلائل الشرعية بقدر الإمكان، وإعمال الأدلة خير من إهمالها أو إهمال بعضها، فقد عملنا بدليل أصل مشروعية البيع، وعملنا أيضاً بدليل النهي، وهو الحرمة، على نحو يُوفِّق بين المشروعية والحرمة، كما أسلفنا، إلّا في ما يؤدي إلى التناقض بين حكم التصرف وحكم النهي، حيث يستحيل التوفيق.

ثانيهما: أنّا لو حملنا النهي على أصل البيع ـ كما يقول الجمهور ـ لكان ذلك نسخاً للمشروعية، وفي الحمل على غيره، ترك العمل بحقيقة الكلام (النهي) إلى المجاز لأن الأصل أن ينصبّ النهي على المنهي عنه بالذات، ونحن قلنا، أنه ينصرف إلى غيره، حتى لا يصبح مستحيلاً شرعاً، لا يتحقق معه معنى النهي نفسه، ولا موجَبُهُ، ولا يتحقق الابتلاء.

غير أن الحمل على المجاز ـ كما نقول ـ رفْعٌ للحقيقة اللغوية، وهي وسيلة، ولكن الحمل على ذات البيع رفعٌ للمشروعية وللحكم الشرعي، وهو مقصود.

ولا ريب أن رفع الوسيلة أولى من رفع المقصود(١).

لذا قلنا بانصراف النهي المطلق إلى الغير لا إلى الذات مجازاً.

أدلة الحنفية على الحال الثانية في صدد تأصيلهم لنظرية الفساد:

استدل الحنفية على الحال الثانية(٢)، وهي ما إذا قام الدليل على أن النهي مورده الوصف الملازم، لا يوجب البطلان، كما يرى الجمهور، بل يفيد الفساد أيضاً، بما يلي:

أولاً: أن المشروع المنهيَّ عنه، قد شرع أولاً لحسن ذاتيٍّ فيه، وإنما ورد النهي عنه، لوصفٍ عارضٍ، فكان قبيحاً لهذا العارض، لا لذاته، إذ لو كان النهي لهذا العارض يفيد القبح الذاتي، لكان الشيء حسناً وقبيحاً لذاته، وهذا لا يتصوَّر، للتناقض.

فثبت أن النهي لوصف عارض، لا يتسربُ أثره إلى الأصل ـ كما يرى الجمهور ـ بل يفسدُ الوصفَ وحدَه دون الأصل، دفعاً للتناقض، ولكن يجب الفسخ ما دام ذلك الوصف الممنوع قائماً في التصرف، ومُلازِماً له.

ثانياً: أن القبح لعارضٍ خارجيٍّ لا يقضي على الحُسن الذاتي، لقوة هذا الأخير فيبقى الأصل مشروعاً لا يؤثر فيه النهي للوصف، وهذه هي المنزلة الوسطى بين الصحة والبطلان، وهي منزلة الفساد.

ثالثاً: أن البطلان ضرورةٌ تقدَّرُ بقَدرِها، إذ ليس من مقصد الشارع إبطال التصرفات في جميع موارد النهي.

وقد أثبتنا بالأدلة، أن الأصل في المنهي عنه من المشروعات، أن يكون صحيحاً

---

(١) «البدائع»: (٥/ ٢٩٩)، و«فتح القدير»: (٥/ ٢٢٧ ـ ٢٢٩)، و«تبيين الحقائق»: (٤/ ٦٢و٦٤)، و«الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص١٨٥، و«البحر الرائق»: (٦/ ٩١).

(٢) الحالة الثانية حالة النهي الذي اقترن بدليل يدل على أن النهي منصرف إلى الوصف لا إلى الذات، وهذا يختلف عن الحالة الأولى التي يكون فيها النهي مطلقاً غير مقترن بأي دليل يدل على أنه منصرف إلى الذات أو الغير، من الوصف اللازم أو المجاور.

بأصله، فيجب إعمال هذا الأصل، ولا يجوز الخروج عليه إلّا عند الضرورة، ولا ضرورة إلّا أن يدلَّ الدليل على قبحٍ ذاتي، فترتفع المشروعية أصلاً بهذا الدليل الزائد عن أصل النهي، ويكون حينئذ مجازاً عن النفي، وليس البحث فيه.

أو يدل الدليل على أن النهي لوصفٍ مجاور، فيفيد صحَّة التصرُّف الشرعي أصلاً ووصفاً، فتثبت له الصلاحية الكاملة لأن يُنْتَج جميع آثاره التي شُرِع من أجلها، مع الكراهة، ولا ضرورة في غير ذلك. فتلخص أنه يجب إجراء الأصل على مقتضاه، من مشروعية الأصل، وفساد الوصف[1]، مع وجوب الفسخ ما دام ذلك الوصف مقترناً بأصل التصرف، لما قدّمنا من الأدلة التي نهضتْ بهذا الأصل، ولا يعدِلُ عنه إلّا للضرورة التي ينهض بها دليلٌ زائدٌ عن أصل النهي.

ولهذا قال الحنفية: يجب التفريق بين النهي الوارد على الأصل، والنهي الوارد على الوصف، ليكون الجزاء على قدر المخالفة، إذ البطلان أبلغُ جزاءً لقطع المشروعات وإلغائها، وذلك لا يجوز إلّا للضرورة، على النحو الذي بينا، ولا ضرورة، إلّا عند قيام الدليل على انصراف النهي إلى الذات أو الوصف المجاور، ولكلٍّ حكمه وأثره.

د ـ أن عدم التفريق بين موارد النهي، يقتضي التسوية في الجزاءات، وذلك غيرُ جائزٍ، لتفاوُتِ أثر النهي في المنهي عنه، تبعاً لمدى الخلل الذي عرا التصرف، وموقعه منه، ومقصد الشارع فيه.

فلو ذهبنا إلى أن النهي الوارد على الوصف الخارج اللازم يسري إلى ماهية التصرُّف، ويُبطِلُ التصرف جملةً ـ كما يرى الجمهور ـ لكان في هذا تسوية بين الماهية

---

(١) راجع في هذا المصادر الأصولية الآتية:

«التلويح مع التوضيح»: (٢/ ١٢٢ وما يليها)، و«كشف الأسرار»: (١/ ٢٥٦ وما يليها)، و«أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ وما يليها)، و«المرآة»: (١/ ٣٢٤ وما يليها)، و«مختصر المنتهى» لابن حاجب: (٢/ ٩٥ وما يليها)، و«إرشاد الفحول»: (١/ ١١٠ وما يليها)، و«الفروق» للقرافي: (٢/ ٨٣ وما يليها)، و«نهاية السول»: (١/ ٩٨ وما يليها)، و«روضة الناظر» لابن قدامة المقدسي: ص١١٣ ـ ١١٤.

السالمة عن المفسدة، والماهية التي عراها خَلَلٌ في ذاتها، أو جزء من أجزائها، وذلك غيرُ جائزٍ.

ولو قلنا بالصحة مطلقاً، لسوينا بين الماهية المسالمة في ذاتها، وفيما اقترن بها من أوصاف، وبين الماهية السالمة من الخلل، في ذاتها، ولكنها مقترنة بالخلل في صفاتها، وذلك خلافُ القواعد.

فتعيَّن أن يقابَل الأصلُ بالأصل، والوصفُ بالوصف، وعلى هذا تتأصَّل نظريةُ الفساد.

ومثال ذلك في المعاوضة الربوية: أن الأصل السالم عن الخلل، يقابله أن الأصل في التصرفات الشرعية الصحّةُ، حتى يرِدَ دليل المنع، فيثبت لأصل التصرف، أصل الصحة، ولكنها ناقصة.

وأما الوصف، وهو الزيادة الربوية، وهي علّة الفساد، فيثبت لها الوصف العارض وهو النهي، فيفسد الوصف دون الأصل، وهذه هي مرتبة الفساد التي يتعيّن القول بها، دفعاً للمحاذير.

ويصِفُ الإمام القرافي هذا الاتجاه الأصولي للحنفية بقوله: «**وهو فقه حسن**».

والخلاصة: أن التصرف الشرعيَّ المنهي عنه لوصف لازم، لا يسري إليه النهي الوارد في هذا الوصف، إلّا بمقدار اقترانه به، وملازمته إيّاه، فيكون منعقداً، ولكنه واجبُ الفسخِ، مادام هذا الوصف مقترناً به، فإذا زايلَهُ هذا الوصف زالَ عنه.

تأصيل نظرية الفساد في الفقه الأصولي الحنفي، يقوم على التفريق بين الأصل، والوصف اللازم، في التصرف المشروع، وأن النهي المطلق عنه، أو الوارد على وصفٍ لازِمٍ له، بالدليل، لا يوجب القبحَ العينيَّ، ولا لازمَه، وهو البطلان، لانصراف النهي إلى غير المنهي عنه، وهو الوصف، لا إلى عينه، بل يوجب «الإمكان» الذي يستلزم مشروعية الأصل دون الوصف، ويقتضي التحريم، وهو الأثر الوحيد للنهي، فتجتمع المشروعية والحرمة، وهذا هو معنى الفساد.

تأدّى بنا البحث والتحليل الأصولي إلى أن تأصيل نظرية الفساد ـ وهي حنفيةُ

المنشأ ـ يقوم أساساً على التفريق بين الأصل والوصف اللازم في التصرف المشروع، وأن النهي المطلق[١]، أو الذي تعلّق بالوصف اللازم بالدليل[٢]، في كلتا الحالتين، لا ينصرف النهي إلى عين المنهي عنه، بل إلى وصفه، وأن الخللَ في الوصف اللازم الذي يدلُّ عليه نهي الشارع أو تحريمه ومنعه، لا يتسرَّب إلى الأصل، ولا يوجب الفساد فيه، ولكلٍّ حُكْمُهُ، فيبقى الأصل مشروعاً، سالماً عن المفسدة، لانصراف النهي عنه، ويستلزم بالتالي مشروعيته، وهي ترتب أثره الأصلي عليه، بالقبض، ولكن الوصف غير مشروع، لتعلق النهي به وحده، وتترتّبُ الحرمةُ مقتضًى للنهي في الوصف، فيكون مشروعاً بأصله لا بوصفه، إلّا إذا أُزيلَ سببُ الفساد، إن أمكن، أو تعلّق به حق الغير، كما قدمنا.

أما أن فساد الوصف لا يتسرَّب إلى الأصل، فلأن الفساد لعارضٍ لا يقضي على الحسن الذاتي في الأصل، ولا يرجَّحُ عليه، لقوة هذا الأخير.

فالتصرُّفُ الفاسد، لا هو صحيحٌ، ولا هو باطلٌ.

أما أنه غير صحيح، فلمكان الفساد في الوصف، فمشروعيتُهُ ناقصة، ولذا وجب فسخه، أو إزالة سبب الفساد فيه.

وأما أنه غير باطل، فلمكان المشروعية في الأصل.

لذا، كان التصرف الفاسد وسطاً بينهما.

ولا يستوي الفاسدُ والباطل، لأن الفاسد مشروع من وجه دون وجه، والباطل غير مشروع من كل وجه.

كما لا يستوي الفاسدُ والصحيحُ، لأن الفاسدَ مشروعٌ من وجهٍ دون وجهٍ، والصحيح مشروع من كل وجه.

فتعين المصيرُ إلى مرتبة وسطى بينهما، وهي الفساد.

---

(١) وهذه هي الحال الأولى التي وقع الخلاف فيها بين الحنفية والجمهور.

(٢) وهذه هي الحال الثانية التي اختلف فيها، وقد قدمنا آنفاً أدلة الحنفية، ووجوه استدلالهم بها على ما ذهبوا إليه، وردودهم على الجمهور بالتفصيل.

وأما البطلان، فلا يكون في الفقه الأصولي الحنفي إلّا في حالة واحدة، وهي ما إذا قام الدليل على أن النهي عن المشروع ينصرف إلى ذات المنهي عنه.

وهذا الدليل أو القرينة أمرٌ زائدٌ على أصل النهي.

وذلك، لخلل في ركن التصرف، أو جزء من أجزائه، أو شرط من شروط انعقاده، فلا يوجد معنى التصرف شرعاً، وليس له اعتبارٌ في حقِّ الحكم[١].

غير أن النهي في مثل هذه الحال، يكون مستعملاً في معناه المجازي، وهو النفي، وفرق بينهما، وحكمُ النفي لا نزاع فيه، لأنه يفيد البيانَ والإخبارَ برفْعِ أصل المشروعية.

فهذه هي الصورة الوحيدة للبطلان في أصول الحنفية.

ولكنها خارجةٌ عن محلِّ النزاع، لأن البحث في النهي المطلق لا في النفي.

ويتبيَّن لك، أن تأصيل الفساد لا يقوم على أثر النهي المطلق عن المشروعات ـ كما يرى الجمهور ـ لأن هذا الأثر ـ عند الحنفية ـ لا علاقةَ له بالمشروعية وعدَمِها، بل ينحصرُ أثرُه في التحريم.

وكذلك النهي المقترن بما يدلُّ على انصرافه إلى الوصف، لا يقتضي إلّا الحرمةَ فيه. أمّا المشروعية وعدمها، فتنهض بهما أدلّةٌ أخرى وتقوم على أصلٍ آخر.

بل إن النهي ـ في اجتهاد الحنفية ـ يوجب الإمكان لا البطلان.

وإمكان المنهي عنه ـ موجَباً للنهي[٢] ـ ووجوده بالمعنى الشرعي، يستدعي المشروعيةَ، لا البطلانَ.

وهذا هو الحكم الأصلي للنهي.

وأن حكمه التبعي، وهو الحرمة، مقتضٍ للقبح الغيْري المتعلّق بالوصف دون الأصل، حتى لا يصبح المنهي عنه مستحيلاً شرعاً، وحينئذ يبطلُ معنى النهي نفسَهُ، ولا يتحقق بالتالي انتهاءٌ ولا ابتلاء، وهذا غير جائز، لأنه غير مقصود للشارع قطعاً.

---

(١) أي: بالنسبة للآثار المقصودة منه.
(٢) بفتح الجيم، أي: أثراً له.

وقد أقمنا الأدلة التي تنهض بهذا التأصيل.

هذا في المعاملات.

وأما في العبادات فالأرجح أن النهي عنها يوجب البطلان، لا الفساد، أيّاً كان مُتَعَلَّقُهُ، الأصل أو الوصف اللازم، **لتناقض أثر العبادة وحكم النهي**، إذ الأول قَصْدُ القربة، والثاني معصيةٌ، فيتنافيان، فدفعاً لهذا التنافي، وجب المصيرُ إلى الحكم بالبطلان.

ومُتَقَدِّمو الحنفية ألحقوا النكاحَ بالعبادات، فلا يفرقون بين فاسد النكاح وباطله.

والأرجح التفريق بين الباطل والفاسد في النكاح، وهو ما انتهى إليه المتأخرون[١] منهم، للفرق بين المخالفة في النكاح بلا شهود، والمخالفة في نكاح المحارم، مثلاً.

وأيضاً، الآثار التي رتبها الحنفية على كلٍّ منهما، توجب هذه التفرقة، فيجري البطلان والفساد في عقد النكاح، كما سيأتي.

والقاعدة العامة المستخلَصَةُ من الفقه الأصولي الحنفي، فيما يتعلَّق بموضوع النهي المطلق عن المشروع، أو النهي للوصف، من حيث إفادته الفسادَ أو البطلانَ أو عدم إفادته أياً منهما، نقرِّرُها فيما يلي:

«إنه إذا تناقض أثر النهي ـ وهو الحرمة ـ وأثر المنهي عنه[٢]، كالعبادات[٣]، أفاد النهي البطلان، دفعاً للتناقض، وإن لم يتعارض أثر النهي مع أثر المنهي عنه، كالحرمة والملك[٤] في المعاملات، أوجب الفساد لا البطلان، إذ كان النهي لوصف ملازم.

---

(١) «رد المحتار» لابن عابدين: (٢/ ٣٦٠).

(٢) وهو التصرف المشروع كالصيام يوم العيد، وأثر الصوم الأصلي الوحيد هو المثوبة في الآخرة، لكونه عبادة تقوم على قصد القربة، وبدهي أن قصد القربة وقصد المعصية بإيقاع الصوم المنهي عنه، لا يجتمعان للتناقض، فكان الأرجح أن هذا الصوم باطل، على الرغم من تعلُّقِ النهي بالوصف، وهو الإيقاع في يوم العيد لا لذات الصوم.

(٣) إذ العبادات ذاتُ أثر واحد، وهو حجة، والقربة والمثوبة، وهذه تتنافى مع قصد المعصية، فحكم النهي وهو الحرمة، ينفي الأثر الوحيد للعبادة، وهو القربة، فلا يجتمعان، فوجب القول بالبطلان.

(٤) وذلك كالبيع الذي اقترن به شرطٌ ممنوع، فوجود البيع يستدعي المشروعية، وهي الملك، والنهي يقتضي الحرمة، ولا تنافي، فأوجب النهي الفسادَ.

وأما النهي عن المشروع للوصف المجاور، فقد اتفق الجمهور والحنفية، على أن التصرفَ صحيحٌ، تترتّب عليه جميعُ آثاره مع الكراهة[١]، خلافاً لأبي الحسين البصري في العبادات، وبعض الحنابلة والمالكية في العبادات والمعاملات حيث يوجبون البطلان، وهذا مبالغةٌ وتطرُّفٌ، وتعلُّقٌ بظواهر النصوص، دون تمييز بين موارد النهي، وقصد الشارع، تبعاً لمدى المخالفة في كلٍّ منهما، وأثرها على كيان التصرف المشروع، وأن الجزاءَ ينبغي أن يكون على قدْرِ المخالفة، كما أشرنا.

وأما الجمهور، فلا يفرقون بين الأصل والوصف اللازم في مقام النهي عن التصرف المشروع، فهو يوجب البطلان في كليهما.

والأصل الذي اعتمدوه في عدم التفرقة بين الأصل والوصف اللازم، هو أثر النهي، وأنه يوجب القبح العيني الذي يستلزم البطلان، لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، والكمالُ في الذات لا في الوصف.

وأما النهي المقترن بما يدلُّ على أنه للوصف اللازم، فيدل على البطلان أيضاً في اجتهادهم، لأن فسادَ الوصف يوجب فساد الأصل، لأن التصرف وحدةٌ كاملةٌ لا يتجزأ أصلاً ووصفاً.

ويرى الجمهور أيضاً، أن مرتبة الفساد هذه تؤدِّي إلى التناقض، إذ لا تجتمع المشروعية والحرمة مطلقاً، لتفسيرهم المشروعية بالحِلِّ والإباحة خلافاً للحنفية، كما أسلفنا.

والتناقض في الشرع باطل، فما يؤدِّي إليه باطل بالضرورة، فوجب القول برفض نظرية الفساد، لذلك.

---

(١) وأما الكراهة، فهذا في حالة النهي عن المشروع لوصف مجاور منفك، حيث يسلم التصرف المشروع أصلاً ووصفاً، فيستلزم المشروعية كاملةً، والكراهة للنهي عن الوصف المجاور، الذي يفارق الموصوف.
أما النهي الذي اقترن به ما يدل على انصرافه إلى ذات التصرف، فيفيد البطلان، وهذا بالإجماع، ولكنه خارج عن محل النزاع.

وأنه لا فرق ـ في اجتهاد الجمهور ـ بين الأمور الحسية، والتصرفات الشرعية من المعاملات والعبادات، فالنهي عنها ـ في الأصل ـ يوجب القبحَ الذاتي، وعدم المشروعية أصلاً ـ بل النهي عن المشروعات ـ في اجتهاد الجمهور ـ كالنهي عن الأمور الحسية، سواء بسواء، يوجب انعدام المشروعية أصلاً.

وفرقٌ بينهما، إذ الأولى مشروعةٌ في الأصل والثانية غيرُ مشروعةٍ لعيْنها، إذ المشروعية لا تجامع الحرمة في أي منها، ما خلا النهي عن المشروع لوصف مجاور.

هذا، وقد نُقِضَتْ أقوالُ الجمهور من أساسها، كما نوقشت أدلَّتُهم بالتفصيل، بما يبيِّن وجوه الضعف فيها، بحيث لا تقوى على النهوض بصحّة اتجاههم هذا. هذا، وتحرَّر لك جلّياً «منشأ الخلاف» الذي نقرره فيما يلي:

ـ هل النهي المطلق عن المشروعات معاملات وعبادات، والنهي المقترن بدليل يدل على تعلّق النهي بالوصف اللازم، يوجب القبحَ العيني الذي يستلزم البطلان، لانصرافه إلى عين المشروعات، أو يوجب الفساد، لانصرافه إلى غير المنهي عنه، فيوجب مشروعية الأصل وفساد الوصف.

ـ إلى الأول اتجه الجمهور.

ـ وإلى الثاني اتجه الحنفية.

ـ ووَصفَ الأصوليُّ المحقق الإمام القرافي اتجاه الحنفية بأنه «فقه حسن».

تحليل الإمام القرافي للفلسفة الأصولية، لتأصيل نظرية الفساد عند الحنفية، غير مستقصٍ لعناصره الأساسية:

يتناول الإمام القرافي تحليل فلسفة الحنفية في تأصيل نظرية الفساد، لتتميز عن نظرية البطلان ـ في اجتهادهم ـ العناصر الأساسية بوجه عام، دون استقصاء للعناصر المكمِّلة الضرورية لانعقاد العقد، ووجود ماهيته، سالماً من الخلل والمفسدة، باعتبار أن تحقق ماهية التصرف كَمَلاً، عنصرٌ جوهريٌّ في هذا التأصيل، إذ بانعدام الماهية لتخلُّف الركن، أو شرطه التكويني المكمِّل له، نكون بصدد حالة بطلان، أو انعدام شرعي، فلا تجد نظرية الفساد أصلاً تستند إليه.

إذن، لا بد لانعقاد العقد، أو وجود ماهية التصرف، من توافر الأركان[١] وشروطها المكملة لها، وهي شروط الانعقاد أو التكوين.

وشروط الانعقاد تُغايِرُ شروطَ الصحّة، وتختلف عنها مفهوماً وحكماً، فالدقة في تحليل «العناصر» التي ينهض عليها هذا التأصيل في فلسفة الحنفية، يستلزم استقصاء العناصر التكوينية المكمِّلة أيضاً، لتتميَّز عن نظرية البطلان، وليتمكّن الباحث من الحكم الدقيق، نظرياً أو عملياً قضائياً، على التصرُّف الشرعيِّ، بالفساد أو البطلان، تبعاً لوجودها وانتفائها.

فالإمام القرافي ـ رحمه الله ـ إذ يأتي على هذه العناصر على الجملة، وبوجه عام، دون استقصاء، إنما يأتي ببيان لها في معرض الاحتجاج، دون تحليلٍ علميٍّ دقيقٍ مستقصٍ، إذ يقول ما نصُّهُ: «احتج أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ بأن النهي إذا كان في نفس الماهية كانت المفسدة[٢] في نفس الماهية، والمتضمِّن للمفسدة فاسدٌ، فإن النهيَّ إنما يعتمد المفاسدَ، كما أن الأمر إنما يعتمد المصالحَ، كالنهي عن الخنزير والميتة، وبيع السفيه.

ثم يشْرَعُ في تحرير أو تحديد العناصر التي يتم بها تأصيل النظرية، ومعيارها الذي تتميز به عن البطلان بقوله: «وتحريره»[٣]، أن أركان العقد أربعة: عِوَضان[٤]، وعاقِدان، فمتى وجدت الأربعة، من حيث الجملة، سالمة عن النهي، فقد وُجدت الماهية[٥]

---

(١) الواقع أن الحنفية لا يجعلون للعقد إلّا ركناً واحداً هو الصيغة، غير أن الجمهور يطلق على طرفي العقد والعوضين، اصطلاح الأركان تجوُّزاً، إذ هي شرائط أساسية للركن، يتوقف عليها وجوده، وليست داخلة في ماهيته.

(٢) يريد بالمفسدة هنا الخلل، وهذا يستلزم البطلان، وهو لا يفرق في تعبيره بين البطلان والفساد، بل يطلَق الفسادُ على البطلان، وإن كان يُفْهم الفرقُ من السياق.

(٣) تحديد أو تبيين مضمون الكلام السابق.

(٤) «العوضان»، هما محل العقد، والثمن أو الأجرة، في عقود المعاوضة، كالبيع والإجارة.

(٥) يقصد بالماهية، حقيقة التصرف، أو معناه الشرعي، دون الأوصاف الخارجية الملازمة له، كشرط الصحة.

المعتبرة شرعاً، سالمةً عن النهي[١]، فيكون النهي إنما تعلّق بأمرٍ خارجٍ[٢] عنها، ومتى انخرم[٣] واحدٌ من هذه الأربعة، فقد عُدِمَتْ الماهيةُ، لأن الماهية المركبة[٤]، كما تُعدَمُ لعدَمِ كلِّ أجزائها، تُعْدَمُ لعَدمِ بعض أجزائها، فإذا باع سفيهٌ من سفيهٍ خمراً بخنزير، فجميع الأركان معدومة[٥]، فالماهية معدومة[٦]، والنهي والفساد في نفس الماهية.

ويلاحظ أن في قوله: «باع سفيهٌ من سفيهٍ»، إشارةٌ إلى شرط من الشروط المكملة للركن، وهو العاقد، أعني: شرط أهلية الأداء، وإلّا فإن السفيهين عاقدان، ولكن تخلَّف فيهما شرط تكويني، فانعدم أصلُ الماهية، لتخلف هذا الشرط الركني، ففُهِمَ أنه شرط انعقاد[٧]، لا شرط صحة، ولكن هذا مفهوم ضمناً وإشارةً، لأنه صرَّح بالعاقدين دون شروطهما المكملة.

ثم يتابع قوله: «وإذا باع رشيدٌ من رشيد ثوباً بخنزير، فقد فُقد ركن من الأربعة، وهو أحد العوضين، فتكون الماهية معدومة[٨] شرعاً، ولا فرق في ذلك بين واحد من الأربعة، أو اثنين، أو أكثر».

---

(١) يقصد بالسلامة عن النهي، أي: عن مقتضى النهي وهو القبح العيني، أو الفساد.

(٢) أي: بوصف أو شرط خارجٍ عن الذات، وقد يكون متصلاً أو مجاوراً منفكاً.

(٣) يقصد بالانخرام: الفقدان، يقال: «فلان اخترمته المنية»، أي: توفي وفقد، وانخرام الركن أو الوصف الخارج، بمعنى سقوطه وتخلفه، وفقدانه، وانعدامه.

(٤) المؤلفة من عدة عناصر أو أجزاء.

(٥) عبّر بالعدم عن الانخرام، مما يفيد أنهما بمعنى واحد.

(٦) مفهوم التصرف، أو معنى العقد شرعاً، معدوم، لأن العقد «ارتباط إيجاب بقبول، على نحو مشروع، يترك أثره في محله»، فتبين بذلك معنى العقد الذي يقوم على أربعة: عاقدان يصدر عنهما الإيجاب والقبول، والمحل الذي يترك العقد أثره فيه، والثمن أو الأجرة، ومعلوم أن أثر العقد نقل المِلْكية في العوضين، فصارت أركانه: عاقدين وعوضين.

(٧) «الملكية ونظرية العقد»، أبو زهرة، وهذا عند الصاحبين.

(٨) الخنزير هنا ثمن، بدليل دخول الباء عليه، وليس محلاً للعقد، أو مثمَّناً، ومعلوم أن الثمن وصف، أو يقوم مقام الوصف، لأن المقصود الأصلي في البيع هو المحل لا الثمن، إذ الثمن تابع، فكان ينبغي أن يكون العقد فاسداً لا باطلاً، لأن الخلل في الوصف. =

ثم يأتي بفرع تطبيقي يبيِّن فيه الأصل الذي تقوم عليه فكرة الفساد في التصرفات الشرعية، وهو الخلل في الوصف دون الأصل، وذلك متفرِّعٌ عن التفرقة بينهما، من حيث ورود النهي، ومتعلَّق الخلل، حتى إذا تعلَّق بالأول فسدَ العقدُ، بخلاف ما إذا تعلق بالثاني فإنَّه يبطل، فيقول:

«فإذا باع رشيدٌ من رشيد[١] فضةً بفضةٍ، فالأركان الأربعة موجودة، سالمةً عن النهي الشرعي[٢]، فإذا كانت إحدى الفضتين أكثر[٣]، فالكثرة وصفٌ حصل لأحدِ العوضين، فالوصفُ متعلَّق النهي[٤]، دون الماهية، فهذا تحريرُ كوْنِ النهيِّ في الماهية أو في أمرٍ خارجٍ عنها».

= ويُجاب عن ذلك، أن الثمن ركن، إذ لا يتصور «البيع» أو معناه الشرعي، بدونه، وهذا معنى الرُكينة، غير أنه ركن تابع من حيث القصد، لذا فإن الحنفية يشترطون في الثمن أصْلَ المالية، لينعقد العقد، حتى إذا تخلَّف التقوُّم، كان العقد فاسداً، كما في الخمر، فأصل المالية متحقق فيها، وتخلف التقوُّم، فينعقد فاسداً، بخلاف ما إذا كان الخمرُ مُثَمَّناً، أي محلاً للعقد، فيبطل.

(١) في هذا إشارةٌ إلى شرط توافرِ أهلية الأداء في المتعاقدين، وهو الرشد، وهو وصف مكمِّل للركن، فيكون شرط انعقاد لا شرط صحة، إذ الرُّشد ضدُّ السَّفه.

أما توافر الأركان الأربعة، فقد تحقق في «العاقدين» بوصفهما المكمل، وهو الرشد، وفي «العوضين» الفضة بالفضة وهما مال متقوَّمٌ شرعاً، وبذلك تحقق معنى البيع شرعاً أصلاً ووصفاً، أو أصلاً وشروطاً.

(٢) والسلامة عن النهي هي السلامة عن الخلل والفساد، لأنهما متعلَّق النهي الشرعي.

(٣) لأن الفضة من الأموال الربوية، ويجب أن يتساويا قدراً وجنساً، مع التقابض، ليصحّ العقد، ويلزم، وينتج جميع آثاره.

(٤) لأن الزيادة وصفٌ في المزيد، إذن: هي خلل أو عيب يعتري العقد في وصفه لا في أصله، لسلامة هذا الأخير من الفساد.

ويمكن أن يقال أيضاً: إن شرط التساوي في البدلين قَدْراً، في الأموال الربوية، إذا اتحدا جنساً، هو وصف خارج عن ماهية العقد، والشرط وصفٌ، فإذا تخلَّف شرط التساوي هذا، وهو وصفٌ، كان الخلل فيه لا في الأصل، والخلل في الوصف يوجب الفساد لا البطلان، لسلامة الأصل عن النهي والفساد، كما تقدم.

هذا، وتخلف الشرط الواجب وجوده للجواز والصحة، كشرط التساوي، يفسد العقد، كوجود الشرط الفاسد المقترن بالعقد، يفسده كذلك. =

ذلك مبلغ الإمام القرافي من بيان تأصيل نظرية الفساد عند الحنفية، وبيان العناصر التي ينهض بها، ولكنه تحليل غيرُ مستقصٍ كما ذكرنا.

مقوِّمات الانعقاد أو وجود ماهية العقد:

إن «الصيغة» من الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما، هي الركن الوحيد للعقد في اجتهاد الحنفية، وأما التراضي فشرط.

ذلك لأن «التراضي» وإن كان هو ـ في الواقع ـ العنصر الأساسي في تكوين العقد ثنائيِّ الطرف، أو كان الرضا هو الأساس في عقود التبرع، بمقتضى قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، والتجارة هي المعاوضة، وبمقتضى قوله تعالى في التبرع: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤]، غير أنه لما كان كلٌّ منهما عنصراً نفسياً يتعذَّر الوقوف عليه، فقد أُقيم مُقامَهُ، أَمارات ظاهرة تدل عليه، قولاً أو كتابةً أو إشارةً، أو فعلاً، كما في المعاطاة، وهذه الأمارات الظاهرة هي ما تسمى بالصيغة.

فكانت «**الصيغة**» ـ وهي الأمارة الظاهرة ـ هي ركن العقد، ولكن يشترط التراضي لصحة هذه الصيغة، حتى إذا ثبت الإكراه، فقد فسد العقدُ، لاختلال الوصف، على ما هو رأي الأئمة الثلاثة: أبي حنيفة والصاحبين، ما عدا الإمام زُفَر[١].

إذن، تحقُّق التراضي «**شرط صحة**» عند جمهور الحنفية، ما عدا زُفَر، «**وشرط انعقاد**» عند الشافعية، و«**شرط لزوم**» عند المالكية، وفي رواية عند الحنابلة.

فهذا شرطٌ مختلَفٌ فيه من حيث كونه شرطاً رُكْنياً أو شرطَ صحةٍ أو شرطَ نفاذٍ أو شرطَ لزومٍ.

= وعلى هذا، يصحُّ العقد بإيجاد الأول، وإزالة الثاني إن أمكن، لأن تخلُّفَ شرط الصحة، كاقتران الشرط الفاسد، كلاهما يفسد العقد.

(١) يرى الإمام زُفَرْ أنَّ عقد المُكْرَه موقوفٌ غيرُ نافذ، ويرى الإمام مالك أنه نافذ غير لازم، وعند الإمام الشافعي باطل.

هذا وتطابقُ الإيجاب والقبول، شرطُ انعقاد للصيغة، بحيث إذا لم يتوافر هذا الشرط، لا ينعقد العقد، لتوقُّفِ قيامِ ووجود الركن وهو الصيغة عليه، وليس شرط صحة.

كذلك، اتحاد مجلس العقد.

هذا في «الصيغة».

ب ـ أما العاقدان، فلأنه لا يتصوَّرُ صدور الصيغة إلّا بإرادتين متطابقتين، فوجب التعدُّدُ، أو أن يتوَّلى العقد أحدُ طرفيه أصالةً عن نفسه، ونيابةً عن غيره، مثلاً، ويشترط فيهما شرط ركني مكمِّل هو «التمييز» حتى إذا انعدم، كما في الصبي والمجنون، لا ينعقد العقد، إذ لا عبرة بإرادتيهما ولا بتعبيرهما.

ج ـ أمّا «المحلّ» وهو المعقود عليه، فيشترط فيه أن يكون موجوداً أو مُمكناً وجودُه، حتى تترك الصيغة أَثرها فيه، فلا ينعقد العقد، وتوجد ماهية بدون محلٍّ يتركُ العقدُ أثرَه فيه.

وأخيراً، أن يكون صالحاً لجريان التعامل فيه، بأن يكون مالاً متقوَّماً مملوكاً ملكية فردية.

لأن ما كان مملوكاً «ملكية عامة» لا يجري فيه التعامل الذي يتنافى مع المقصد من إعداده لذلك، أو كان من المباحات العامة التي لم يجْرِ عليها ملكٌ لأحد.

فإذا توافرت هذه الشرائط التكوينية بعد قيام الصيغة، فإن العقد ينعقد، وتوجد ماهيته التي هي عنصر أساسي في تأصيل نظرية الفساد عند الحنفية.

والإمام القرافي لم يفصِّل القولَ فيها، وهي من الأهمية بمكان، حتى إذا تخلَّف وصفٌ مكمِّلٌ من هذه الأوصاف يخرج العقد عن اعتبار الشارع، ويجعله في حكم العدم. فكان بيانها بل تفصيلها ضرورياً، ليكون المتعاقدان والقضاء على بَيِّنَةٍ من تحقق الماهية التي هي العنصر الأساسي الذي يقوم عليه تأصيل نظرية الفساد في الفقه الحنفي، وليتّم بيان الفرق بينها وبين وجهة نظر الجمهور في البطلان.

وعلى أن «الباعث» يعتبر في المذهب الحنبلي، والراجح في مذهب المالكية، أنه شرط انعقاد.

ويراه الحنفية كذلك بشرط أن يكون مُصَرَّحاً به في الصيغة، أي في صُلْب العقد، أو أمكن استخلاصه من «محل العقد» خلافاً للحنابلة والمالكية الذين يكتفون بدلالة القرائن عليه.

وتارةً نرى الحنفية يعتبرون «**الباعث**» من الوصف المجاور، كما أسلفنا.

فبيعُ العنب من خَمَّار باطلٌ في مذهب الحنابلة، وصحيحٌ في المذهب الحنفي، ولو قامت القرينة على كونه سيُتَّخذُ خَمراً، لكون المشتري خَمَّاراً، فتلك أمارةٌ كافية على ذلك، وهذا هو الراجح.

أما شرائط الصحة، فقد أشرنا إلى أنها خارجةٌ عن كيان التصرف، فخالفت بذلك شرائط التكوين مفهوماً وأثراً في اجتهاد الحنفية.

أما مفهوماً، فلأن شرائط الانعقاد تَتَّصِل بالعناصر الأساسية للماهية، وأما شرائط الصحة فخارجةٌ عن الماهية، وإن كانت متّصلةً بها.

وأما حكماً، فلأن تخلف شرط من الأولى يبطلُ العقدُ، بخلاف تخلف شرط من الثانية، فإنه يفسده، وفرق بين البطلان والفساد، مفهوماً وأثَرَاً.

ومن الأوصاف المكملة التي تتوقف عليها صحة العقد بعد وجود ماهيته سالمةً عن المفسدة، ما يلي:

أولاً: التراضي وصفٌ مكمِّل للصيغة، تتوقف عليه صحتها ـ عند الحنفية ـ كما أشرنا.

فالصيغة موجودةٌ مع قيام الإكراه مثلاً، ولكنها معيبة ناقصة.

ثانياً: بالنسبة للمعقود عليه، يجب أن يكون «**معلوماً**» بتعيينه، أو إمكان تعيينه، دفعاً للنزاع.

ثالثاً: الضَّررُ الزائد الذي لم يُلْتَزَم بالعقد في تسليم المعقود عليه.

ومن وسائل تعيين المحل قدراً، المدة في عقد الإجارة، أو المسافة، دفعاً للجهالة التي تفضي إلى النزاع الذي يتعذَّر حَسْمُهُ.

وأما بالنسبة إلى العقد، فيشترط ألا يقترن به شرطٌ مفسد، لا يقتضيه العقد، أو لا يلائمه، أو لم يجْرِ به عرفٌ، أو لم يرِدْ به نصٌ، في اجتهاد الحنفية.

ومقصد الشارع من الأوصاف المكمّلة للتصرف المشروع التي تتوقّف عليها صحته هي ـ كما رأيت ـ تحقيقُ الرضا الكامل، إذ لا إلزام في الشرع بدون رضاً حُرٍّ تام، وتحقيق التوازن بمنع الربا، وأخيراً دفع المنازعة التي يفضي إليها الغرر والجهالة، كما رأينا في اشتراط تعيين المحل أو إمكان تعيينه.

أما الغرر، فإن كان ناشئاً عن انعدام محل العقد، فإن انتفاءه يعتبر شرط تكوين وانعقادٍ، إذ لا بدّ من وجود المحل أو إمكان وجوده، لينصبَّ أثر الصيغة عليه، كما قدّمنا، إذ لا عقد حيث لا محلّ يترك فيه أثره.

وأما إن كان منشأ الغرر عدم تعيين المحلّ، بعد وجوده، فإن انتفاءه يعتبر خللاً في شرط صحة، لخلل الوصف، ويكون من باب الجهالة المفسدة.

وأما شرط «الربا» فقد تقدم أنه يورث خللاً في الوصف لا في الأصل.

لذا، قلنا إن الإمام القرافي يُجمل في أركان العقد إجمالاً لا يُسْتَسَاغُ في مقام المقارنة وبيان الفرق بين مذهبين في نظرية عامة، كنظرية الفساد، حيث يقول: «الماهية: عاقدان وعوضان».

ويُسْتَخْلَصُ من هذا أسباب الفساد العامة في العقود في اجتهاد الحنفية.

أهم أسباب الفساد العامة في العقود في الاجتهاد الحنفي، وهي تتصل بالمعقود عليه ما عدا الإكراه:

أولاً ـ الإكراه عند جمهور الحنفية ما عدا الإمام زُفَرْ.

ثانياً ـ الشرط الفاسد المقترن بالعقد.

ثالثاً ـ الغرر.

رابعاً ـ الجهالة بجميع أنواعها التي تفضي إلى النزاع الذي يتعذر حَسْمُهُ.

خامساً ـ الربا.

سادساً ـ الضرر الزائد الذي لم يلتزم بالعقد في تسليم المعقود عليه، كما لو باع ساجةً من خشب في سقفِ بيتٍ، أو ذراعاً من ثوب يضرُّه التبعيض، فإن في تسليم المبيع في كليهما ضرراً زائداً يلْحَقُ البائعَ، وهو نقض السقف، وإتلاف الثوب.

ولم يقُلْ ببطلانه، إذ للبائع أن ينفِّذ العقد مع تحمل هذا الضرر، وهناك أسباب للفساد خاصة بكل عقد، ووجود أي سبب من الأسباب العامة أو الخاصة للفساد في العقد يفسده، فبالنظر لأهميتها، سنتناول هذه الأسباب بالبحث في مقامه إن شاء الله تعالى.

عقد النكاح بين الفساد والبطلان في أصول فقه الحنفية:

قدّمنا أن موجَب مطلق النهي عن المشروعات ـ عند الجمهور ـ هو نسخُ المنهيِّ عنه، ورفع أصل مشروعيته، أي خروجُه من أن يكون مشروعاً أصلاً، إلّا بدليل.

والجمهور لا يفرق بين النهي المطلق عن المشروعات، والنهي عن الحسِّيات، لقبح عيني فيها، فكلاهما غيرُ مشروع أصلاً.

ولا يفرق أيضاً بين النهي المطلق عن المشروعات، والنهي لقبحٍ في وصفٍ ملازمٍ لها، فكلاهما يوجب البطلان.

١ ـ وذلك عملاً بحقيقة إطلاق النهي في الحالة الأولى، وحقيقةُ الإطلاق تتناول الكامِلَ، لا الوصف وحده، والكمالُ في النهي أو طلب الإعدام، يوجب إثباتَ صفةِ القبح في إيجاده لعيْنِه، لا لوصفه فحسب، فيخرج المنهي عنه من أن يكون مشروعاً أصلاً، وهذا هو معنى الانتساخ، عملاً بمقتضى النهي وحُكمِهِ[١]، كما قدمنا.

أ ـ أما مقتضاه، فلأن أدنى درجات المشروعية أن يكون مباحاً[٢]، والقبح لعينه، لا يجوز أن يكون مباحاً، فكذلك لا يجوز أن يكون مشروعاً، لأن الإباحة هي أساس المشروعية.

---

(١) فرّقنا آنفاً بين مقتضى النهي وحقيقته.

(٢) هذا تفسير للمشروعية بالإباحة أو الحل، وهو صريح.

ب ـ وأما حكمه، فوجوب الانتهاء، ليكون المنهيُّ ـ وهو المكلف ـ مطيعاً معظِّماً للناهي في الامتناع، ويكون عاصياً ـ لا محالة ـ في ترك الانتهاء، وإنما يكون عاصياً بمباشرة ما هو خلاف المشروع، فدل ذلك على أن المنهي عنه يخرج بالنهي من أن يكون مشروعاً أصلاً، وهذا هو البطلان.

هذا في النهي المطلق عند الجمهور.

٢ ـ أما في النهي الذي دلّ الدليل على أنه لوصفٍ ملازم، فكذلك، لكون الوصف متَّصلاً غير مُفارق، فيتسرَّب فسادُ الوصفِ إلى الأصل، كما بيّنا، فيخرج من أن يكون مشروعاً كالنكاح بغير شهود.

والأصل العام عند الجمهور في الحالين: «أن كل ما يكون المرء بمباشرته عاصياً، لا يكون مشروعاً»[١]

فكما أن للشارع ولاية الشرع، فكذلك له ولايةُ نفي الشرع، بالنهي الذي هو دليل القبح العيني في المنهي عنه، إلّا لدليل، فَصلُحَ النهيُ أن يكون مُخرِجاً للمنهي عنه من أن يكون مشروعاً أصلاً، وهذا هو النسخ، فلهذا لم يبق مشروعاً بعد النهي[٢]، بخلاف ما قبل النهي، وإلّا لم يكن للنهي من معنى، وينتفي بالتالي، مقتضاه وحكمه، وهذا باطل.

وأتى الجمهور بغير ذلك من الأدلة، قد ناقشناها، ثم نقضناها من أساسها، على النحو الذي فصّلنا.

وقد تبيّنت ـ فيما سبق ـ اتجاه الحنفية في النهي المطلق عن المشروعات وفي النهي لوصف ملازمٍ لها، وأن الأصل ـ في اجتهادهم ـ أنه يفيد «بقاء المشروعية» مع الحرمة، إذ المشروعية تعني ترتب الأثر.

وهذا فيما عدا الحال التي يرجع فيها النهي إلى ولاية أحد المتعاقدين، أو نقصانها، سواء أكانت ولايةً على التصرف نفسه، أو على محله، كما في الصورة الآتية:

---

(١) لأن المشروعية تعني الحل والإباحة والطاعة، كما يستفاد من هذا الاستدلال.

(٢) «أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ ـ ٨٥).

١ ـ بيع السفيه، عند مَنْ يرى أن انتفاء السفه شرط صحة لا شرط انعقاد[١].

٢ ـ بيع الصبي المميز.

٣ ـ بيع الفضولي.

٤ ـ بيع الراهن والمؤجر المرهون والعين المؤجرة.

فهذه التصرفات ليس النهي فيها راجعاً إلى وصف ملازم للعقد، بل لأسباب أخرى تتعلق بالولاية.

ففي بيع السفيه، لنقصان الولاية، محافظةً على ماله.

وفي بيع الصبي المميز، لنقصان تقديره في التصرفات التي تتراوح بين النفع والضرر، صوناً لمصلحته التي لا يتأتى حفظها بمحض تقديره، لنقصان أهليته.

وفي بيع الفضولي، لانتفاء ولايته على محلِّ العقد، إذ لا ملكيةَ له عليه، ولا سلطةَ شرعيةً، ولا نيابةً ليتمكن من التصرف فيه تصرف المالك أو نائباً عنه، فتوقف نفاذ تصرفه على إجازة صاحب الحق فيه، عند الحنفية.

وفي بيع المرهون والعين المؤجرة، وإن كان كلٌّ من الراهن والمؤجر مالكاً، غير أن ولايته ليست كاملةً، لتعلُّق حق الغير، من المرتهن والمستأجر، وهو حقٌّ مكتسبٌ بتصرف مشروع سابق على هذا التصرف، فيجب احترام هذه المراكز الشرعية المكتسبة حتى لا يَنْقض حقٌّ لاحقٌ حقاً سابقاً ثابتاً محترماً، لاستوائهما من حيث القوة والمشروعية.

فهذه التصرفات المشروعة في الأصل، لم يرجع النهي عنها إلى وصف ملازم لها ـ كما ترى ـ بل إلى الولاية، فلا يفيد الفسادَ ـ على ما يقضي به الأصل العام عند الحنفية ـ بل يفيد الصِّحَة أصلاً ووصفاً، لصدور التصرف من أهله مضافاً إلى محله، غير أنه موقوف على إجازة[٢] صاحب الشأن، للمعاني التي ذكرناها.

أو بعبارة أخرى، وإنما كان التوقف لمانع، فإذا زال المانعُ نفذت، خلافاً للجمهور.

---

(١) «الملكية ونظرية العقد» للشيخ أبي زهرة: ص٢٨٨، ص٢٩٩.

(٢) «أسباب اختلاف الفقهاء» للشيخ علي الخفيف ص١٢٧ وما يليها.

أما في حال النهي لوصف مجاور، فقد اتفق الجمهور والحنفية ـ كما علمتَ ـ على أن التصرف صحيح أصلاً ووصفاً، وأنه مُنتِجٌ جميع آثاره من حيث الحكم القضائي، مع الكراهة، لاعتبارات دينية، خلافاً لبعضهم.

أما «العبادات» فقد أشرنا إلى أن الأرجح اعتبارها باطلة، سواء أكان النهي مطلقاً أم لوصف ملازم، لتنافي حكمها[1] مع مقتضى النهي، إذ لا يتصوَّرُ أن تكون العبادة قربةً ومعصيةً في آن معاً، لأنه محال.

هذا، وقدامى الحنفية ألحقوا النكاح بالعبادات، تغليباً لجانب الحِلِّ على المِلْك فيه، بحيث غدا الحلُّ ـ في اعتبارهم ـ هو الأثر الوحيد للنكاح، ولا يجتمع مقتضى النهي، وموجَب النكاح، من المعصية والحل، للتنافي، فقالوا ببطلانه.

غير أن هذا هو اتجاه المتقدِّمين من أصوليي الحنفية وفقهائهم ـ كما ذكرنا ـ خلافاً للمتأخرين منهم، حيث ذهبوا إلى التفريق بين باطلِ النكاح وفاسدِه، ونحن نتناول بالبحثِ اتجاه كل فريق وأدلته، لنتبين وجه الحق في هذه المسألة الحيوية.

اتجاه المتقدمين من مجتهدي الحنفية في باطل النكاح وفاسده:

يفرق المتقدِّمون من مجتهدي الحنفية بين الباطل والفاسد في المعاملات، ما عدا النكاح، فسواء أكان هذا العقد قد ورد النهي عنه لخلل في أركانه وشرائطها، أم لخلل في أوصافه وشروط صحته، فهو ـ في الحالين ـ باطلٌ، ويطلق عليه أحياناً الفاسدُ، ولا فرق.

ويقول صاحب «فتح القدير» تعليقاً على الهداية في إطلاق الفاسد على الباطل تارةً والباطل على الفاسد تارةً أخرى: «وذكر الفاسد فيما تقدم، ولا فرق بينهما في النكاح، بخلاف البيع»[2].

(١) حكم العبادات.

(٢) «فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٢/ ٣٨٢)، وجانب الحل حكم أخروي بخلاف جانب الملك فهو حكم دنيوي، وقضائي.

وكذلك الإمام الكاساني في كتابه «البدائع» إذ يقول: «إن النكاح الفاسد، ليس بنكاح حقيقةً، لانعدام محلِّه، أعني محل حكمه، وهو الملك»[١].

ومعلوم أن انتفاء «محل العقد» خللٌ في ذاته، فيكون باطلاً، وقد سمّاه فاسداً.

هذا، ويستدل الإمام المحقق البزدوي في «أصوله»[٢] على بطلان عقد النكاح بلا شهود، مع أن الخلل في الوصف لا في الأصل، بالمناقضة بين مقتضى النهي، وهو الحرمة، وموجب عقد النكاح وهو الحلُّ، بقوله: «ولأن النكاح شرع لملك ضروري، لا ينفصل عن الحِلِّ، حتى لم يُشْرَع مع الحرمة، ومن قضية النهي التحريم، فبطل العقد، لمضادّةٍ ثبتت بمقتضى النهي، بخلاف البيع، لأنه وُضِع لِمِلْكِ العين، والتحريم لا يضاده، لأن الحل فيه تابعٌ، ألا ترى أنه شرع في موضع الحرمة، وفيما لا يحتمل الحل أصلاً. . كملك الخمر»[٣].

ثم يسوّى بين النكاح بلا شهود، وبين نكاح المحارم، والأول ـ كما تعلَمْ ـ النهي عنه لخلل في الوصف، وهو انتفاء شرط الصحة، والثاني، لانتفاء المحل، وهو خلل ذاتي، فلم يفرق بين فساد الوصف وخلل المحل، فكلاهما يوجب البطلان في النكاح، خلافاً لمقتضى الأصل العام عندهم، في العقود المالية، من أن الأول يوجب الفساد، والثاني البطلان، أقول: يسوِّي بينهما في البطلان بقوله: «وكذلك نكاح المحارم، منفي لعدم محله»[٤].

ويُوضِّح هذا المعنى الإمام صدر الشريعة، حيث يقرِّر أن علة بطلان النكاح بلا

---

(١) «البدائع»: (٢/ ٣٣٥).

(٢) «أصول البزدوي»: (١/ ٣٨٢)، مع «كشف الأسرار» للبخاري.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق ص٣٨٢ـ ٣٨٣.

إذن، النكاح موجبه الأصلي هو الحل، والملك تابع، لأنه قدر اقتضاء للضرورة، بخلاف البيع، فموجبه الأصلي هو الملك، لأنه مقصود قصداً أوليّاً، والحل تابع فافترقا.

وثمرة هذا الافتراق تظهر في التفرقة بين الباطل والفاسد في البيع لعدم التناقض، إذ يجتمع الملك والحرمة، بخلاف النكاح، فلا تتصوَّر هذه التفرقة.

شهود، التناقض بين موجب النكاح، «**وهو الحل**» ومقتضى النهي، **وهو الحرمة**، وبذلك يختلف عن البيع، لأن موجَبَهُ الأصلي، هو المِلْكُ، والحِلُّ تابع، والملك يجتمع مع الحرمة، بل يجتمع مع ما لا يحتمل الحلَّ أصلاً، إذ يقول: «وكذا النكاح بغير شهود. . . أي كون باطلاً».

ثم يتابع في ذلك قوله معللاً الحكم بالبطلان: «وإن سُلِّم النكاح[١] منهي عنه، فإن نهيه يوجب البطلان، لأنه لا خلاف في أن النهي يوجب الحُرمة، والنكاح عقد موضوعٌ للحل[٢]، فلما انفصل عنه ما وضع له[٣]، يكون باطلاً، بخلاف البيع، لأن وضعه للملك[٤]، لا للحل، بدليل مشروعيته في موضع الحرمة، فإذا انفصل عنه الحل[٥]، لا يبطل البيع[٦]، أي لأن الحل تابع».

ولما اتجه على ذلك أن النكاح الباطل، نتيجته سلبية، فلا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح، بينما يُثْبِت الحنفية بالنكاح بغير شهود: النسبَ، والعدةَ، والمهرَ دون النفقة، والتوارثَ، وحلَّ الاستمتاع، أجاب عن ذلك، بأن ثبوت تلك الأحكام إنما كان لشبهة الحل القائمة في صورة العقد لا حقيقته، وصورة العقد هي مجرَّدُ الإيجاب والقبول مضافاً إلى محلِّه، بل إن هذه الآثار تثبتُ بمجرَّد الشبهة، ولو لم يكن ثمة عقد أصلاً، كمن زُفَّتْ إليه امرأة على أنها زوجته، ثم تبيّن أنها غيرها[٧] فلأن تثبت مع صورة العقد من باب أَوْلى!

---

(١) وسياق كلامه في النكاح بلا شهود، ولكنه أطلق هنا، فشمل النكاح المنهي عنه بإطلاق.

(٢) أي موجبه الأصلي وأثره الوحيد، هو الحل، وأما الملك، فهو ثابت اقتضاءً، لضرورة الحل، لا لذات الملك، فكان ملكاً ضرورياً من نوع خاص، لا ملك مطلق، كالبيع.

(٣) أي عندما نهي عنه انفصل الحل، وهو موجَبُهُ الأصلي، وثبتت الحرمة، فبطل النكاح لسقوط موجَبِهِ وأثره، لأن النكاح لم يشرع لذاته، بل لأثرِهِ وهو الحل.

(٤) وهذا موجبه الأصلي، والحل تابع.

(٥) أثر للنهي عنه.

(٦) «التوضيح» لصدر الشريعة: (٢/ ٢٢٠ ـ ٢٢١).

(٧) «الملكية ونظرية العقد» للشيخ أبي زهرة: ص٣٦٢ وما يليها.

وشبهة الحل تكفي في درءِ الحدّ، لأن الحدود تُدْرَأُ بالشبهات، وإذا انتفى الحَدُّ، وجب المهر ضرورةً، إذ الدخول في دار الإسلام لا يخلو من عَقْرٍ[١] أو عُقْر[٢]، كما تعلم.

ثم إن النسب يثبت احتياطاً لإحياء الولد، وعدم تضييعه.

وكذلك العِدَّة، ثبتت أثراً لواقعة الدخول بشبهة الحِلِّ[٣]، فيُحتاط في إثباتها رعايةً لحق الأنساب أيضاً.

فإذا روعي ثبوت المهر في هذا النكاح، فَلأَن يُحتاط في إثبات النسب والعدة من باب أولى، لأن المهر لا يحتاط في إثباته بالقدر الذي يُحتاط في إثبات الأنساب، لأن حرص الشارع على إثبات هذا الأخير أشدُّ.

أدلة متقدِّمي الحنفية في عدم التفرقة بين باطل النكاح وفاسده:

استدلوا بما يلي:

أولاً: إن النكاح بغير شهود كنكاح المحارم، وكبيع المضامين والملاقيح من حيث البطلان، منفيٌّ لا منهيٌّ عنه، والنفيُّ غير النهيِّ، إذ الأول يوجب رفع المشروعية أصلاً، ونسخها، من مثل قوله ﷺ: «**لا نكاحَ بغيْر شهودٍ**»[٤].

وكذلك نكاح المحارم ـ كما يقول الإمام البزدوي ـ منفي، لعدم محله[٥]، إذ

(١) بفتح العين، وهو الحدُّ، وحدُّ الزاني المحصن هو الرجم، وغير المحصن مائة جلدة.

(٢) بضم العين، وهو المهر.

(٣) وشبهة الحل قائمة في صورة العقد وصيغته من الإيجاب والقبول المضاف إلى محله.
«التلويح مع التوضيح» للتفتازاني: (١/ ٢٢١)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٢/ ١٥٢ وما يليها)، و«البدائع»: (٢/ ٣٣٥)، و«أصول البزدوي مع كشف الأسرار»: (١/ ٣٨٢)، و«فتح القدير»: (٢/ ٢٨٣).

(٤) أخرجه ابن حبان: ٤٠٧٥، بلفظ: «**لا نكاح إلّا بولي وشاهدي عدل**»، من حديث عائشة، وإسناده حسن.

(٥) ويُعلِّق الإمام البخاري صاحب «كشف الأسرار» على ذلك بقوله: «وكذلك نكاح المحارم منفيٌّ، أي محمول على النفي، لعدم محله، لأن النص الوارد فيه، يوجب تحريم العين، والحرمة متى أضيفت إلى العين أخرجتها من محلية الفعل، لأن الحِلَّ والحرمة لا يجتمعان في محلٍّ واحد، فكانت إضافة الحرمة إلى العين، نفياً للمحل، لا نهياً».

=

التحريم[١] مضاف إلى العين[٢]، في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ الآية [النساء: ٢٣]، والحرمة متى أضيفت إلى العين أخرجتها من محلية الفعل، فوجب حمل التحريم على النفي.

أما قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢] فإن ظاهره وإن كان نهياً، لكنه مستعار للنفي مجازاً، لأنه كما يقول الإمام البخاري: ثبت بالدليل أن الحرمة الثابتة بالمصاهرة[٣]، هي عين الحرمة الثابتة بالنسب، على أن تقوم المصاهرة مقام النسب، فكان تقديره قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ . . . [النساء: ٢٢]: حرمت عليكم ما نكح آباؤكم من النساء. أي من إضافة الحرمة إلى العين.

= وذلك من مثل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ الآية [النساء: ٢٣]. «كشف الأسرار على أصول البزدوي»: (١/ ٢٨٣)، و«المرآة»: (١/ ٣٢٧).

(١) في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ الآية [النساء: ٢٣].

(٢) وجاء في «المرآة»: (١/ ٣٢٧ـ٣٢٨) ما يقرر أن النكاح الفاسد والباطل بمعنى، قولُهُ: «المراد بالفاسد في باب النكاح هو الباطل، لأن ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي، وإنما يثبت الملك ضرورةَ تحقُّقِ المقاصد من حِلِّ الاستمتاع، للتوالد والتناسل فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد، ولا يثبت الملك، وهو الفاسد، لأن ما ثبت ضرورةً يتقدر بقدرها، فظهر منه، أن كل نكاح ورد فيه التحريم، كنكاح المحارم، ونكاح المتعة، والمؤقت، وغيرها باطل، وإنما عبروا عن بعضها بالفاسد، إشارةً إلى الفرق بين المختلف فيه في صحته وفساده، وبين المتفق على بطلانه، فعبروا عن الخلافية بالفساد، وعن الاتفاقية بالباطل».

ثم تساءل كيف يكون باطلاً وتترتب عليه بعض الأحكام، بقوله: «وهل يترتب عليه أحكام النكاح مع بطلانه، قلت: نعم يترتب عليه بعض أحكامه، من سقوط الحدّ (العقوبة) وثبوت النسب، ووجوب العدة، والمهر، لشبهة العقد».

«ويعارض بما في الاستروشني، أن نكاح المحارم قيل فاسد، فتترتب عليه الأحكام، وقيل باطل، فلا تترتب عليه الأحكام، فإنه صريح في الفرق بين الفاسد والباطل». وانظر «التوضيح»: (١/ ٢٢٢ وما يليها).

(٣) وتحريم نكاح منكوحة الأب، على الابن، ثابت بالمصاهرة، لأن حرمة المصاهرة، هي تحريم أصول وفروع كل من الزوجين على الآخر، وحرمة المصاهرة كحرمة النسب، لأنها قائمة مقامها، فكان تقدير نص الآية الكريمة: حرمت عليكم ما نكح آباؤكم من النساء، وإضافة التحريم إلى العين، توجب إخراجها عن محلية الفعل، وهو النكاح، وهذا هو معنى النفي الذي يفيد انتساخ المشروعية.

وقد أشرنا إلى أن إضافة التحريم إلى العين يوجب إخراجها عن محلية الفعل، وإذا انعدم المحلُّ بَطُلَ النكاح، وهذا هو رفع المشروعية أو نسخها، وهو معنى النفي لا النهي، كما أشرنا، وليس البحث فيه.

ويؤكد هذا، قوله تعالى بعد ذلك: ﴿إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢].

ومعنى الفاحشة هو الإفراط في القبح، وكذلك المَقْت، وسوء السبيل، فكان أدنى إلى القبح العيني منه إلى القبح الوصفي، والقبح العيني لا يجتمع مع المشروعية أصلاً، لأنه يستلزم البطلان.

ومن هنا ـ كما يقول الجمهور ـ لم نجد للتفرقة بين باطل النكاح وفاسده من معنى أو أصل ينهض بها.

ثانياً: سلّمنا أن النكاح بغير شهود، منهيٌّ عنه لا منفي، غير أن الموجب الأصلي للنكاح، بل أثره الوحيد، هو «الحل» لا الملك، وإنما يثبت الملك ضرورةً واقتضاءً، لا مقصوداً أصلياً، وذلك ليظهر أثره في الحِلّ، أي لتصحيح ابتناء الحِلّ عليه، أثراً له، فكان ملكاً ضرورياً، يثبت لازماً مُتقدِّماً على سبيل الاستلزام والاقتضاء، فهو ملك من نوع خاص، لتصحيح الحكم الشرعي وتخريجه على قاعدة شرعية، وليس الملك مقصوداً أصلياً للنكاح ـ كما ذكرنا ـ فكان حكماً تابعاً للحل[(١)].

وإذا كان موجَب[(٢)] النكاح وأثَرُه الأصلي الثابت به هو «الحل» ومقتضى النهي هو الحرمة، فإن الحلّ والحرمة لا يجتمعان في محلٍّ واحدٍ بداهةً، للتضادّ، فكان باطلاً.

---

(١) «البدائع»: (٢/ ٣٣٥)، وهو ملك من نوع خاص، الزوج لا يملك سائر أجزاء المرأة، بل ينتفي ملكه لها بعد النكاح، كما كانت قبله وأنه من لا يملك من التصرف الفعلي إلّا حل الاستمتاع، ومن التصرف القولي، غير رفع قيد الزوجية بالطلاق.

(٢) الموجَب ـ بفتح الجيم ـ الأثر الثابت للنكاح، ويعبر أحياناً عن هذا الأثر بحكم النكاح، فكان حكم النكاح وموجَبُهُ بمعنى واحد، وهو الأثر الثابت به.

لذلك[١] لا نفرِّقُ في النكاح المنهي عنه بين الباطل والفاسد، سواء أكان النهي راجعاً إلى الأصل أم إلى الوصف.

ثالثاً: إن النكاح الفاسد على تقدير أن حكمه وموجَبَهُ هو «الملك» ليس بنكاح حقيقة[٢]، لانعدام محلِّه، أو بعبارة أدق، لانعدام محلِّ حكمه[٣].

ولا مِرْيَة أن انعدام المحلِّ، خللٌ ذاتي، يُعدم معنى التصرف شرط، إذ لا بدَّ للتصرُّفِ من محلٍّ يُترك أثرَه فيه، وإلّا كان معدوماً، في نظر الشارع، وخارجاً عن اعتباره، والمعدوم لا يترتب عليه أثر، وهذا هو معنى البطلان.

وتفصيل ذلك:

أن الأصل في النكاح، ألّا يكون مشروعاً أصلاً، لانعدام محلِّ حُكمِه كما ذكرنا، لأن حكمه الملك الضروري، والملك محله منافع البضع، وهذه المنافع ملْحقةٌ بأجزاء جسم المرأة كلِّها، من حيث الحرية، والملك لا يثبت فيها، لأنه ينافي الحرية، إذ المرأة حرّةٌ بجميع أجزائها، ومنافعها ملحقة بها، فليست محلاً للملك كذلك، لأن الملك ينافي الحرية، فانعدم محل الملك، ولا وجود للعقد إذا انعدم محل حكمه.

هذا هو القياس، الذي يقضي بأن النكاح غير مشروع أصلاً.

غير أن الشارع أسقط اعتبار المنافي، وأثبت الملك للضرورة، ليظهر أثره في حِلِّ الاستمتاع، إذ لا حِلَّ على وجه الاختصاص بلا مِلْك، وإلّا كان الحِلُّ على سبيل الشيوع والإباحة العامة، فيجتمع الذكور والإناث على وجه السفاح بداعية الشهوة، على النحو الذي يتناتج الحيوان، وفيه من إهدار الكرامة الإنسانية، وضياع الأنساب والقرابات، وانقطاع تعهد الآباء بالأبناء، ومعاندة الفطرة، وشيوع الفساد والتهارج، ما لا يخفى، فكان لا بُدَّ من تقدير معنى الملك اقتضاء واستلزاماً، حكماً وأثراً

---

(١) «التوضيح مع التلويح»: (١/ ٢٢١ ـ ٢٢٢).

(٢) «البدائع»: (٢/ ٣٣٥).

(٣) قلنا إن حكم النكاح هو أثره الثابت به، وأثره قد افترضناه الملك، ومحل الملك هو ـ كما سيقول ـ منافع البضع، وهي لا تملك لأنها ملحقة بأجزاء جسم المرأة الحرة.

للنكاح، لتسند إليه حلُّ الاستمتاع الذي هو سبيل التناسل وبقاء النوع الإنساني على وجه مشروع، وليفيد الاختصاص في الحلِّ للزوج وحده، أثراً للملك، ويصون الكرامة، ويحفظ الأنساب، وهذا هو معنى الفراش.

وبقيت المرأة مالكةً سائرِ أجزائها ومنافعها بعد النكاح، كما كانت قبله.

إذن، النكاح الصحيح ثابت على خلاف القياس، حفظاً لبقاء النوع الإنساني، على وجهٍ مشروع، فينعقد مفيداً للملك الضروري الذي يظهر أثره في الحِلِّ على وجه الاختصاص، أي ينعقد سبباً للملك في حق الفراش[1]، بحيث يتعيّن ثبوت نسب الولد الذي أتت به المرأة من الرجل الذي ثبت له هذا الحِلُّ بمقتضى ذلك المِلْك الضروري[2].

وهذا معنى قوله ﷺ: «**الولد للفراش وللعاهر الحجر**»[3].

أو بعبارة أخرى، أصبحت المرأة متعينة لثبوت نسب الولد الذي أتت به من زوجها الذي ثبت له حل الاستمتاع بها على وجه الاختصاص، بمقتضى ذلك الملك

(١) «البدائع»: (٢/ ٣٣٥)، و«المرآة»: (١/ ٣٢٧ ـ ٣٢٨)، و«فتح القدير»: (١/ ٣٨٢ وما يليها).

(٢) جاء في «البدائع»، للإمام الكاساني (٢/ ٢٣٥) ما يقرر هذا المعنى: «الأصل فيه، أن النكاح الفاسد، ليس بنكاح حقيقة، لانعدام محله، أعني محل حكمه، وهو ـ أي الحكم ـ الملك، لأن الملك يثبت في المنافع، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء، والحرُّ بجميع أجزائه ليس محلاً للملك، لأن الحرية خلوص ـ أي من الملك والرق ـ والملك ينافي الخلوص، ولأن الملك في الآدمي لا يثبت إلّا بالرق، والحرية تنافي الرق، إلّا أن الشارع أسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح، لحاجة الناس إلى ذلك، وفي النكاح الفاسد بعد الدخول، لحاجة الناكح إلى درء الحد، وصيانة مائه عن الضياع، بثبوت النسب، ووجوب العدة، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة، ولا عقوبة، فوجب المهر، فجعل منعقداً، في حق المنافع المستوفاة، لهذه الضرورة، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع، وهو ما قبل الدخول، فلا يجعل منعقداً قبله».

أقول: وإذا لم يجعل منعقداً قبله، كان باطلاًن فالعقد الفاسد قبل الدخول عقد باطل لا أثر له، كما ترى، ولكنه بعد الدخول منعقد في حق المنافع المستوفاة، فتثبت به بعض الآثار التي ذكرها.

(٣) أخرجه البخاري: ٢٢١٨، ومسلم: ٣٦١٣، وأحمد: ٢٤٩٧٥، من حديث عائشة.

الضروري، أي المقدَّر اقتضاء[١]، حكماً لعقد النكاح، ليظهر أثره في ذلك الحل[٢] الخاص بالزوج.

فالفراش هو قيام الزوجية[٣].

ولذا، حرم الله تعالى التزوج «**بالمحصنات**»[٤] أي النساء المتزوجات، وسبب الحرمة، هو حفظ الأنساب، منعاً للجمع بين الفراشين.

فالمرأة أضحت متعينة لثبوت نسب الولد الذي أتت به من الرجل الذي عقد نكاحها.

فالفراش هو قيام الزوجية، كما ذكرنا.

تلك هي فلسفة تشريع النكاح في أصول الحنفية، مؤداها ثبوت مشروعية النكاح على خلاف القياس الذي يقتضي المنافاة بين الحرية والملك، والشارع الحكيم أسقط اعتبار المنافي، وأثبت الملك، ليظهر حكمه في الحل على وجه الاختصاص، ضرورة حفظ بقاء النوع الإنساني.

هذا في النكاح الصحيح.

أما في النكاح غير الصحيح، فلا ضرورة، فيبقى على أصل عدم المشروعية، واعتبار المنافي، إذا لم يحصل دخول، وهذا ما أشار إليه الإمام الكاساني بقوله:

---

(١) راجع بحث دلالة الاقتضاء في كتابنا: «**المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**».

(٢) الحلُّ على وجه الاختصاص، هو موجب النكاح وأثره الأصلي الثابت به أصالة، وإنما الملك قدر اقتضاء واستلزاماً، مقدماً، لتصحيح الحكم الشرعي بحل الاستمتاع. فالملك ثابت اقتضاءً وضرورةً، وأما الحل فثابت بالنكاح أصالةً.

(٣) جاء في «العناية» و«فتح القدير»: تعريف الفراش، بأنه «صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منه، وكل من كانت فراشاً لشخص، لا يجوز نكاحها، لئلا يحصل الجمع بين الفراشين، فإنه سبب الحرمة في المحصنات من النساء» أي: المتزوجات. «فتح القدير مع شرح العناية»: (٢/ ٣٨٢).

(٤) المحصنات تعني العفيفات، كما تعني النساء المتزوجات. ففي قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ﴾ [المائدة: ٥] أي: أحل لكم العفيفات منهن، بخلاف كلمة المحصنات فيما نحن فيه، إذ تعني المتزوجات..

«وأما النكاح الفاسد، فلا حكم له قبل الدخول[١]، وأما بعد الدخول، فيتعلق به أحكام، منها ثبوت النسب، ومنها وجوب العدة، وهو حكم الدخول حقيقة، ومنها المهر[٢].

فالنكاح الفاسد كتصرف شرعي غير مقترن بالدخول، باطلٌ، لا يترتب عليه أثر ما، كما رأيت[٣].

أما إذا اقترن بواقعة الدخول، ترتب عليه بعض الآثار للضرورة أيضاً.

فقد سوى الإمام الكاساني بين الزواج الصحيح والفاسد بعد الدخول، حيث إن كلاً منهما أسقط الشارع اعتبار المنافي فيه، للضرورة[٤].

والواقع أن الحنفية لا يقولون بترتب بعض أحكام النكاح على مجرّد واقعة الدخول، بل **مضافاً إليها شبهة العقد الفاسد**، على ما سيأتي بيانه.

المتأخرون من أصوليي الحنفية وفقهائهم يفرقون بين باطل النكاح وفاسده، كسائر العقود:

يفرِّقُ المتأخرون من الحنفية بين باطل النكاح وفاسده، فالنكاح المتفق على بطلانه، مما فقد ركناً من أركانه، بأن انعدم محله، لعدم قابليته لحكمه، بأن كانت من

---

(١) وهذا هو الباطل.

(٢) «البدائع»: (٢/ ٣٣٥).

وإنما وصف الملك بأنه ضروري، أي ثابت للضرورة، لتصحيح الحكم بالحل بالاستمتاع على وجه الاختصاص وليس ملكاً أصلياً صحيحاً مقصوداً أصالة من عقد النكاح، كما هو الشأن في الملك الثابت بعقد البيع.

فالحكم الأصلي للنكاح إذن هو الحل لا الملك.

(٣) «البدائع»: (٢/ ٣٥٣)، و«فتح القدير»: (٢/ ٣٨٢)، و«كشف الأسرار على أصول البزدوي»: (١/ ٣٨٢)، و«المرآة» للإزميري: (١/ ١٢٧وما يليها)، و«تبيين الحقائق»: (٢/ ١٥٢ وما يليها)، و«شرح المنار وحواشيه»: ص٢٥٨ـ٢٨٤، و«فواتح الرحموت بهامش المستصفى»: (١/ ٤٠٥ـ٤٩٨)، و«التوضيح مع التلويح»: (١/ ٢٢٢ وما يليها).

(٤) واعتبر عقد النكاح الفاسد منعقداً بعد الدخول في حق المنافع المستوفاة. «البدائع»: (٢/ ٣٣٥).

المحارم، أو من مثل تزوج الكافر بالمسلمة، أو نكاح زوجة الغير، أو معتدته، أو زواج عديم الأهلية إذا باشر العقد بنفسه، فالدخول في هذا النكاح الباطل لا يوجب العدة، بل لا يترتب عليه أثر ما مِنْ آثار النكاح الصحيح البتة، إذ لم يقل أحدٌ بجوازه، فلم ينعقد أصلاً، ولهذا يجب الحد، لأنه زنى محض[١].

وينبغي أن نبيِّن أحكام عقد النكاح الباطل، ليتَّضِح الفرق بينه وبين الفاسد، حتى في اجتهاد الحنفية أنفسهم.

أحكام العقد الباطل:

١ ـ لا يحل به دخول ولا غيره مما يحلُّ بالعقد الشرعي الصحيح، بل الدخول فيه معصيةٌ وجريمةٌ توجِب الحدَّ، إذا كانا بالغَيْن عاقلَيْن عالِمَيْن بالحرمة.

٢ ـ لا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة.

٣ ـ لا تجب به العدة.

٤ ـ لا يثبت به نسب، ولا توارث ولا مصاهرة[٢].

٥ ـ لا يقع فيه طلاق، لأن الطلاق فرع وجود الزواج الصحيح، وهذا باطل معدوم شرعاً.

٦ ـ يجب به الحدّ، كما ذكرنا، إذا كانا عاقلين بالغين عالمين بالتحريم[٣]، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى.

---

(١) إذا كانا عاقلين بالغين عالمين بالتحريم.

(٢) أي عند الجمهور خلافاً للحنفية الذين يثبتون حرمة المصاهرة بالزنا، كما تقدم. «رد المحتار»: (٣/ ١٣١ وما يليها)، و«الأحوال الشخصية» للشيخ عبد الرحمن تاج: ص٦٦ ـ٦٧.

(٣) يرى الإمام أبو حنيفة أن النكاح الباطل لا يوجب الحد، لشبهة صورة العقد لا حقيقته، ولم يقل أحد باعتبار صورة العقد شبهة سواه، خلافاً للصاحبين والأئمة الثلاثة.

هذا، ولا خلاف بين علماء المسلمين أن النكاح الباطل زنى محض، وإنما الخلاف في وجوب الحد ـ كما رأيت ـ فالجمهور على وجوب إقامته ـ خلافاً لأبي حنيفة ـ ثم قال: إذا سقط الحد، وجب المهر، لأن الدخول في دار الإسلام لا بد أن يثبت به أحدهما، والمهر هنا على سبيل الغرامة المالية، أو التعويض. «البدائع»: (٢/ ٣٣٥).

هذا ويرى الشيعة الجعفرية أن الدخول في النكاح الباطل زنىً لا شبهة فيه، فيجب به الحد إذا لم تكن المدخول بها محرماً، فإن كانت محرماً وجب القتل[١].

وهذا صريح في التفرقة بين الفاسد الباطل.

أما النكاح المختلف فيه[٢]، من مثل النكاح بلا شهود، فقد فَقَدَ شرطاً من شرائط الصحة، بعد استيفائه لأركانه وشرائطها، وكالزواج المؤقت، وزواج أخت مطلقته طلاقاً بائناً في عدّتها، لأنه مختلف في حرمته، وكتزوجه بامرأة محرَّمةٍ عليه بسبب الرضاع، وهو لا يعلم بحُرمتها، بناءً على إخبار الناس بأنه لا يوجد بينهما صلة محرمة، ثم ظهر بعد الدخول أنها محرمة عليه، وغير ذلك من الأنكحة المختلف فيها.

أحكام النكاح الفاسد:

١ ـ يحرم به الدخول.

٢ ـ لا يترتب عليه أثر من حيث ذاته، مجرّداً عن الدخول، فهو كالباطل إذا لم يقترن به دخول، غير أن الفرق بينهما أن الأول منعقدٌ لوجود ماهيته، ولهذا يجب فسخه، بخلاف الثاني، فإنه معدوم.

٣ ـ تجب المتاركة والافتراق اختياراً، ومن تلقاء أنفسهما، حتى إذا لم يفترقا، فرّقَ القاضي بينهما جبراً.

أما بعد واقعة الدخول، فتترتب عليه بعض الأحكام، التي اقتضتها الضرورة:

١ ـ لا يجب الحد، لوجود شبهة الحل القائمة في العقد، والحد يُدْرَأُ بالشبهة.

٢ ـ يثبت به الأقل من المهر المسمى ومهر المثل. أما إذا لم يكن قد سُمِّيَ لها مهر، فيجب حينئذ مهر المثل بالغاً ما بلغ، اتفاقاً، ويرى زُفَرْ أنه يجب مهر المثل مهما بلغ، في الحالين: في التسمية وعدمها، لفساد التسمية بفساد العقد[٣].

---

(١) «مسائل الخلاف»: (٢/ ١٧٥)، و«الأحوال الشخصية» للشيخ مصطفى شلبي: ص٣٢٠.

(٢) فالخلاف فيه قائم بين المالكية والجمهور. «رد المحتار» لابن عابدين: (٣/ ١٣١ ـ ١٣٢)، الطبعة الثانية (مصطفى البابي الحلبي، ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م).

(٣) المراجع السابقة.

٣ ـ تثبت به حرمة المصاهرة(١).

٤ ـ تجب به العدة من وقت الافتراق التلقائي، أو التفريق الجبري من جانب القاضي. وقال زُفَر: تحسب العدة من آخر الوطآت.

ويلاحظ أن عدتها بالأقراء أو الأشهر، إذا لم تكن حاملاً، حتى ولو كانت عدة وفاة، إذ لا تجب هذه إلّا في النكاح الصحيح، تَعَرُّفاً على براءة الرحم، وإظهاراً للتحسر على فوات نعمة الزواج الصحيح(٢)، وليس كذلك العقد الفاسد.

٥ ـ لا تجب لها نفقة في العدة، إذ لا عدة في نكاح باطل.

٦ ـ يثبت به النسب، إحياءً للولد، ومحافظةً عليه من الضياع، والأنسابُ يُحتاط في إثباتها.

هذا، ولا يجب غير ذلك، من التوارث، والنفقة، والطاعة، ولا يقع به طلاق على المرأة، وأما المتاركة والافتراق أو التفريق من قبل القاضي، فلا يعتبر طلاقاً أو تطليقاً على الغير في النكاح الفاسد.

لا تعتبر الخلوة الصحيحة دخولاً كما في النكاح الصحيح، فلا يترتب عليها أيُّ أثرٍ، لعدم التمكن شرعاً من الوطء، إذ الدخول حرام، بل يجب التفريق، بخلاف النكاح الصحيح، فالتمكن من الدخول قائم، إذ يحل فيه الدخول، لذلك اعتبرت الخلوة الصحيحة فيه قائمةً مقام الدخول(٣)، لوجود التمكن فيه، وانتفائه في العقد الفاسد.

---

(١) وحرمة المصاهرة تثبت عند الحنفية بالزنا المحض، على تأويل فيه، كما سبق، فلأن تثبت بالنكاح الفاسد القائم على شبهة الحل، من باب أولى.

(٢) بدليل وجوب عدة الوفاة قبل الدخول، لإطلاق الآية الكريمة: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] فلم يرد تقييدها بما إذا كان قبل الدخول أو بعده، والمطلق يجري على إطلاقه.

(٣) المراجع السابقة.

تأصيل الفرق بين أحكام النكاح الباطل وأحكام العقد الفاسد في أصول فقه الحنفية:

لا مناصَ لمُتقدِّمي الحنفية في ذهابهم إلى عدم التفرقة بين باطل النكاح وفاسده، من بيان الأصل الذي ابتنوا عليه أحكام كل منهما، إذ الشرع يقوم على تأصيل الأحكام. وإنا لا نرى أصلاً ترتدَّ إليه أحكامُ كلٍّ منهما إلّا البطلان والفساد، وهو ما ذهب إليه المتأخرون منهم وهو الحق.

ذلك لأن اختلاف أحكامهما صريح في التفرقة بينهما معنىً وأصلاً، وهو ما أشار إليه ابن عابدين، وصاحب «مرآة الأصول»[(١)].

فما كان معنى التصرف فيه منعدماً شرعاً، لخلل في أركانه، أو محله، أو شرائط انعقاده، فهو باطل لا يترتب عليه أثر ما من آثار العقد الصحيح، بل تترتّب عليه أحكامٌ أخرى على النحو الذي ذكرنا، وهذا بالاتفاق.

وأما إذا كان معنى التصرف متحّققاً وقائماً فيه، وإنما الخلل في وصف من أوصافه اللازمة، فذلك هو الفاسد، فاعتبر منعقداً بالنظر إلى أصله، وترتبت عليه بعض الآثار لا جميعها بعد الدخول، لنقصان مشروعيته، بسبب فساد وصفه، فهو كسائر العقود، والدخول فيه كالقبض في العقود الأخرى، ولا يستوي ما كان مشروعاً من وجهٍ مع غير المشروع من كلِّ وجه.

ما يتّجه على مذهبُ متقدِّمي الحنفية من النقد الأصولي:

أولاً: يتجه على مُتقدِّمي الحنفية أن الأحكام المختلفة أو المتباينة التي رتبوها على صُوَرٍ من النكاح المنهي عنها، دون الصور الأخرى، تقضي بتأصيل الفرق بينهما، إذ لو كانت هذه الصور كلها باطلةً ـ كما يقولون ـ لاتّحدت أحكامها، لاتحاد الأصل، لكنها اختلفت بل تباينت.

---

(١) «رد المحتار»: (٤/ ١٣١ وما يليها)، و«المرآة»: (١/ ٣٢٧ وما يليها).

ولم نجد تأصيلاً للفرق بين هذه الأحكام المختلفة إلّا رجوعها في أصلين لا أصل واحد، هما: البطلان والفساد، فبطل ما ذهبوا إليه من أنِ باطل النكاح وفاسده سواء. وهذا ما ذهب إليه مُتَأَخِّرُوهم[١]، وهو الحق.

ثانياً: إنهم يُصرِّحون بأن عقد النكاح الفاسد «منعقد» بالنسبة لما رتب عليه من أحكام وجوب العدة، والنسب، والمهر، بعد الدخول، للضرورة، ولذا ثبت هذا النكاح مع المنافي.

أما الضرورة، فلِدَرْء الحدِّ، وصيانة الولد عن الضياع، وحفظ الأنساب.

وأما المنافي، فلثبوت المِلْك في حق المنافع، وهو يتنافى مع حرية المرأة بجميع أجزائها، ومنافعها.

وهذا ما نصَّ عليه الإمام الكاساني بقوله:

«إن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقةً، لانعدامِ محلِّه[٢]، أعني محلَّ حُكمه[٣]، وهو الملك، لأن المِلْكَ يثبت في المنافع، ومنافع البضع ملحقةٌ بالأجزاء[٤]، والحرُّ بجميع أجزائه ليس محلاّ للملك، لأن الحرية خَلوصٌ، والملك ينافي الخلوص، ولأن الملك في الآدمي لا يثبت إلّا بالرق، والحرية تنافي الرق، إلّا أن المشرع أسقط اعتبار المنافي[٥] في النكاح الصحيح، لحاجة الناس إلى ذلك، وفي النكاح الفاسد، بعد الدخول، لحاجة الناكح إلى درء الحدِّ، وصيانة مائه عن الضياع، بثبوت النسب، ووجوب العدة، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير **غرامة ولا عقوبة**،

---

(١) «رد المحتار»: (٣/ ١٣١ وما يليها).

(٢) وإذا انعدم المحل فلا وجود للعقد، إذ لا عقد بلا محل.

(٣) المراد بحكم النكاح هنا، هو الأثر الثابت به، وهو الملك، ومحلّ الحكم أو الملك هو منافع البضع، واستيفاء المنافع هو الاستمتاع.

(٤) ومنافع المرأة بمنزلة أجزاء جسمها، لا تملك، إذ الملك بالرق، والمرأة حرة، فكان الملك منافياً لحرية المرأة، لكن الشارع أسقط اعتبار المنافي هذا، لضرورة التناسل، وبقاء النوع، كما سيذكر بعد قليل.

(٥) أسقط اعتبار منافاة الملك لحرية المرأة، فأثبتت الملك على الرغم من ذلك، للضرورة، وهي حاجة الناس إلى ذلك، أي للتناسل وبقاء النوع الإنساني.

فوجب المهر، فجعل «منعقداً» في حق المنافع المستوفاة، لهذه الضرورة، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع، وهو ما قبل الدخول.

ولا ريب أن اعتبار العقد «منعقداً» بعد الدخول، يُنافي القول ببطلانه، لأن الباطل غير منعقدٍ أصلاً.

ثالثاً: يتّجه على قُدامى الحنفية أيضاً، أنهم غلَّبوا جانب العبادة في النكاح نظرياً، فألحقوه بها، إذ جعلوا أثره الوحيد هو الحل على وجه الاختصاص، أثراً للملك الضروري، على النحو الذي رأيت.

وتأسيساً على هذا، كان النهي عن بعض صُوَر النكاح، أيّاً كان متعلّقه ـ الركن أو الوصف الملازم ـ يوجب البطلان، في اجتهادهم، لأن مقتضى النهي التحريم، وموجب النكاح الحِلُّ، وهما ضدّان لا يجتمعان، إذ الحلُّ هو أساس مشروعيته.

لكن هذا غير مسلم، لأن للزواج ـ فيما نرى ـ أثراً هامّاً أيضاً، ومقصداً أساسيّاً شُرِعَ الحِلُّ سبيلاً إليه، وهو **إنجاب النسل والذرية، فكان الحل تابعاً له**، لقوله ﷺ: «**تناكحوا تناسلوا، فإني مباهٍ بكم الأمم يوم القيامة**»[1]، ولهذا رُكِّبتْ في الإنسان الشهوة، داعيةً إليه.

وعلى هذا، فإن المشروعية التي يستلزمها وجود «ماهية» عقد النكاح، معناها ترتيب هذا الأثر الأصلي عليه، وهو تحصيل الولد، وبقاء النوع الإنساني، وهو غَرضٌ دُنيَويٌّ، فضلاً عن الحِلِّ.

والمشروعية بمعنى تحصيل الولد، قد تجتمع مع الحرمة للوصف الملازم، فيثبت النسب لثبوت ماهية العقد، وكذلك **المهر والعدة، مع ثبوت الحرمة، لمعنى الفساد في الوصف الملازم**. ولذا قالوا: إنه واجب الفسخ، أو التفريق بينهما، بالنظر إلى فساد الوصف، وبقاء أصل المشروعية، وإن كانت ناقصة، بالنظر لوجود الماهية سالمة عن المفسدة.

---

(١) أخرجه أبو داود: ٢٠٥٠، والنسائي: (٦/ ٦٥ ـ ٦٦)، وابن حبان: ٤٠٥٦ و٤٠٥٧، من حديث معقل بن يسار، وهو حديث قويّ.

فأعطوا لكل من جهتي العقد ـ أصلاً ووصفاً ـ الحكم الذي شُرِعَ من أجله، أو يناسبه، ولا تناقض، لأن كليهما من وضع الشارع.

وهذا الذي انتهوا إليه باجتهادهم، هو في الواقع تطبيق عملي لنظرية الفساد، وإن أنكروها في التأصيل نظرياً في عقد النكاح.

ذلك، لأنهم بترتيبهم تلك الآثار بعد الدخول، قد اعتبروا العقد مشروعاً من وجهٍ دون وجه، ثم أوجبوا الفسخ أو التفريق، وهذا هو معنى العقد الفاسد بعيْنه.

بخلاف العقد الباطل المتفق على عدم مشروعيته أصلاً، حيث عرا الخللُ ركنَهُ أو شرطَ انعقاده، فكان معدوماً أو غير مشروع من كل وجه، ولذا لم يرتبُوا عليه أي أثر من الآثار المقصودة في عقد النكاح الصحيح، كما في نكاح المحارم، أو تزوج الكافر بالمسلمة.

وبذلك تراهم قد خالفوا في التطبيق والعمل ما أَصَّلوه في النظر[(١)].

هذا، ولما كان الأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة هو «الحرمة» حتى يوجد الحلُّ شرعاً، فإن عقد النكاح الباطل لا ينعقد سبباً لحكمه وهو الحل، ولذا كان الدخول فيه معصية وجريمة كبرى توجب الحد في شرع الإسلام، كنكاح المحارم، ونكاح الكافر بالمسلمة، إذا كان المتعاقدان عاقليْن بالغيْن عالميْن بالحرمة، كما أسلفنا.

نخلص من هذا، إلى أنْ ليس للزواج أثرٌ أصليٌّ واحد هو الحل، حتى يكون النهي عن النكاح ـ أيّاً كان متعلقه ـ موجباً للتحريم الذي يتناقض مع أثره الأصلي، وهو الحل فيلزم البطلان، بل إن للزواج أثراً أصلياً آخر هاماً، هو تحصيل الولد، وبقاء النوع الإنساني، الذي تتمُّ به عمارة الكون إلى أن يرث اللهُ الأرض ومن عليها، وما شرع الحل إلّا حكماً شرعياً تبعياً للوصول إلى ذلك الغرض الأصلي.

ومن ثَمَّ لا يلزم التناقض في كل صور النهي التي وردت في النكاح، حتى يستوي

---

(١) «فتح القدير»: (١/ ٣٨٢ وما يليها)، و«البدائع»: (٢/ ٣٣٥).

باطله بفاسده، إلّا ما كان منه متعلّقاً بالماهية، دون الوصف، **فيبطل لانعدام معنى التصرف**، بخلاف ما إذا كان متعلّقاً بوصفٍ من أوصافه اللازمة، أو كان نكاحاً مختلفاً فيه بين العلماء، لقيام شبهة الحِلّ، فتثبت بعض الآثار للضرورة، على النحو الذي فصّلنا، ولا تناقض، لأن أثره الأصليّ يثبتُ بثبوت الماهية بوضع الشارع، وهو غرض دنيوي، يجامع الحرمة التي توجب التفريق والفسخ لا البطلان، إذ لا يستوي ـ في نظر الشرع ـ العقد المشروع من وجه مع العقد غير المشروع من كل وجه، كما أشرنا، وإلّا فلِمَ رتّب المتقدمون أنفسهم تلك الآثار على بعض عقود النكاح دون بعض؟ فما هو جوابهم هو جوابنا.

لا يقال: إن هذه الآثار مبنيةٌ على أصل آخر سوى عقد النكاح الفاسد، وهو «مجرد الشبهة» لأن شبهة الحِلّ كافيةٌ لدرءِ الحدِّ، وثبوت العدة والنسب، وشبهةُ الحِلّ هذه، قائمةٌ بقيام صورة العقد على حدِّ تعبيرهم[(١)].

لا يقال هذا، لأن تعليلهم صريحٌ في تأصيل هذه الأحكام على «العقد نفسه» مقترناً بالدخول، ولو كانت الشبهة وحدها القائمة في صورية العقد هي مستندُ تلك الأحكام، لاختلفتْ في مقاديرها، وتاريخ جريان ثبوتها عمّا قرّروه، وبيان ذلك:

أ ـ أن مهر المثل الذي يثبت حقاً للمرأة في هذا النكاح الفاسد، يجب ـ في اجتهاد الإمام وصاحبيه ما عدا الإمام زُفَر ـ أن لا يزيد عن «المهر المسمّى» في العقد، وهذا اعتبار للعقد، بدليل اعتبار ما ورد فيه من تسمية، دون ريب، ولو كان الحكم

(١) والضرورة في النكاح الفاسد، هي الحاجة إلى درء العقوبة، وحفظ الولد من الضياع، بثبوت نسبه من أبيه، وصيانة بضع المرأة من الاستعمال دون غرامة أو عقوبة، كما يقول الإمام الكاساني، لأن من المقرر شرعاً، أن الدخول ـ في دار الإسلام ـ لا يخلو من أحد أمرين: إما المهر، وهو ثابت على سبيل الغرامة في النكاح الفاسد، بالنسبة للزوج، وعلى سبيل التعويض بالنسبة للمرأة.
وإمّا العقوبة أي الحد، إن كان زنىً محضاً، فإذا سقط الحد، وجب المهر.
هذا، والمهر ثابت في النكاح الفاسد بقوله ﷺ: **«أيُّما امرأة أنكحتْ نفسها بغير إذن وَليِّها، فنكاحُها باطلٌ، فإن دخل بها، فلها مهرٌ مثلها»**. [أخرجه أبو داود: ٢٠٨٣، والترمذي: ١١٠٣، وابن ماجه: ١٨٧٩، وأحمد: ٢٤٢٠٥، من حديث عائشة، وهو حديث صحيح].

بوجوب المهر مستنداً إلى مجرّد الشبهة، وواقعة الدخول وحدها، لوجب مهر المثل بالغاً ما بلغ، وهو قول زفر.

ب ـ إن العدة تحتسب في العقد الفاسد عند جمهور الحنفية ـ ولاسيما القدامى منهم خلافاً لزُفَر ـ من وقت المفارقة أو تفريق القاضي، لا من وقت وقوع آخر الوطآت، كما يرى زُفَر، فدلَّ ذلك على أن حكم «العدة» ناشئٌ عن العقد لا عن الشبهة وحْدها، إذ التفريق في العقد الفاسد، كالطلاق في العقد الصحيح، وبذلك أقام مُتقدِّمو الحنفية العقد الفاسد مُقام العقد الصحيح، **إذ اعتبروا التمكن من الوطء قائماً مقامَ حقيقته**، وينتهي هذا «التمكن» بالتفريق الذي يشبه الطلاق في العقد الصحيح، لا بانتهاء الوطء كواقعة مادية.

والاعتداد بالعقد الفاسد أصلاً ينشأ عنه حكم وجوب العدة، وانتهاؤه يعتبر بدءاً لاحتساب مدّتها، يُنافي القول ببطلانه بداهةً.

ج ـ إن أبا حنيفة وأبا يوسف قد ذهبا إلى أن نسب الولد يَثْبتُ إذا أتتْ به لستة أشهر أو أكثر من «تاريخ العقد»، ولو كان ثبوت النسب للشبهة وحدها، دون العقد، لكان ينبغي أن يكون النسب من تاريخ الدخول لا من تاريخ العقد.

كل ذلك صريح الدلالة على الاعتداد بالعقد الفاسد بعد الدخول، وهو ينافي القول بالبطلان، إذ الباطل لا يترتب عليه شيء، كما تعلم.

فتبيَّن لك بوضوح، أن اتجاه مُتقدِّمي الحنفية إلى عدم التفريق بين باطل النكاح وفاسده أصل نظريٌّ مجرّد، ينافيه ما رتبوه هم من أحكام عملية تطبيقية على صور من النكاح منهي عنها، حيث لا يمكن تأصيل الفرق بين تلك الأحكام إلّا على أساس نشوئها عن نظريتي البطلان والفساد، وهو ما اتّجه إليه متأخروهم، وهو الحق، فكان عقد النكاح كسائر العقود، منه الصحيح، والفاسد، والباطل.

وقد علمتَ، أن العقد الفاسد ـ في المعاوضات ـ لا يفيد شيئاً قبل القبض، فهو والباطل سواء، من حيث انعدام الأثر.

غير أن العقد الفاسد منعقدٌ ولكن يجب فسخُه، طوْعاً أو كرهاً، حقاً للشرع.

أما بعد القبض، فيفيد حكمه الأصلي، وهو الملك، ولكنه ملك من نوع خاص، يفيد حرية التصرف الشرعي بالبيع ونحوه تخليصاً منه، ولا يفيد حِلَّ الانتفاع، حتى لا يستقر هذا الملك للمشتري، لشائبة الحرمة المتصلة به.

وإنما اشترط تأيده بالقبض، وبإذن البائع، لضعف سببيتهِ لحكمه، بملازمة الوصف المنهي عنه له، فلا بدّ من القبض ليتأيَّد به، وينتج ذلك الحكم. هذا، ويجب فسخُه بعد القبض أيضاً إلّا لمانع.

وكذلك النكاح الفاسد، لا أثر له قبل الدخول، إذ لا ضرورة لاعتباره منتجاً آثاره، فلم يسقط الشارع اعتبار المنافي فيه.

وهذا معنى قول الإمام الكاساني: «وأما النكاح الفاسد، فلا حكم[١] له قبل الدخول[٢]» ويجب فسخه حقاً للشرع.

أما بعد الدخول، فتنشأ الضرورة التي تقتضي ترتيبَ بعض الآثار عليه، من المهر، وقد ثبت ذلك بدليل من الشرع، كما قدّمناه.

وإذا ثبت المهر شرعاً في العقد الفاسد بالدليل، وجب أن تثبت به **العدة والنسب من باب أولى**، لأن الشارع يحتاط في إثبات الأنساب وحفظها، أكثر مما يحتاط في إثبات المهر، إحياءً أو حفظاً للولد من الضياع.

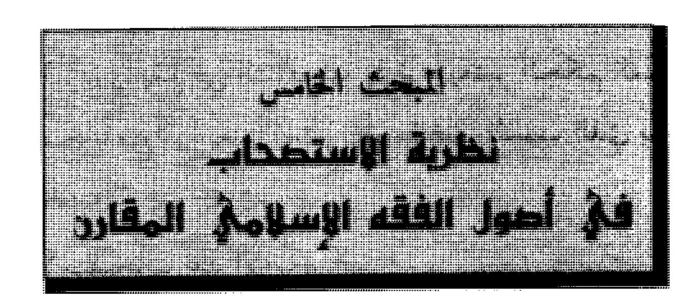
ويجب فسخُه بعد الدخول أيضاً، حقاً للشرع، لمكان النهي في وصفه الملازم.

فكان الدخولُ في النكاح الفاسد، بمثابة القبض في عقد المعاوضة، يتأيَّد به كلٌّ منهما، لتقوى سببيتُه على إنتاج حكمه، ولكن مع وجوب الفسخ، على النحو الذي بينا، والله أعلم.



(١) فلا أثر.

(٢) «البدائع»: (٢/ ٣٣٥).



قوة استمرار الحكم السابق، والثابت بدليل في الماضي، هل هي ثابتة بحكم الاستصحاب شرعاً أو عقلاً؟

منهج البحث مفصَّلاً وموَّجهاً:

١ ـ غير مُجْدٍ الاستدلال على حجِّية الاستصحاب شرعاً، باستمرار أحكام الشريعة إلى يوم القيامة، لأن خلود الشريعة، ثابتٌ بالأدلة التي نهضت به، وهي صريحة الدلالة على أنها دين الله إلى الزمن المُقدَّر لبقاء هذا العالم، وهذا ليس بحكم الاستصحاب، على ما ذهب إليه كثير من الأصوليين.

٢ ـ تعريف الاستصحاب لغةً واصطلاحاً.

٣ ـ إنَّ ظن بقاء الحكم واستمراره ـ وهو الاستصحاب ـ باعتباره أثراً لازماً لعين دليل وجوده، هو أقوى من مجرَّدِ احتمال تغيُّرِه.

٤ ـ ظن البقاء والديمومة، لا يساوي يقين البقاء، فافترقا، نوعاً وحكماً.

٥ ـ الأحكام العقلية، ليست محلاً للاستصحاب، إذ ليس مناطه متحققاً فيها، فينبغي استبعادُها من أنواع الاستصحاب التي أوردها الأصوليون في مصنفاتهم.

٦ ـ الشرع جاء مؤيِّداً لحكم العقل بالبراءة الأصلية، أو العدم الأصلي، عند انتفاء الدليل الشاغل للذمَّة بالتكاليف.

٧ ـ تأييد الشرع لحكم العقل بالبراءة الأصلية لا يُلغي حقيقةَ كوْنِ العقل هو دليل

استمرار العدم الأصلي، أو استدامة الحكم بالبراءة الأصلية حتى يَرِدَ دليلٌ من الشرْع يشغل الذمّة بالتكاليف.

٨ ـ الإمام البزدوي يقع في التناقض، إذ تراه يعتبر الحكم المبين المبني على سبب، استصحاباً، وتارةً يعتبر استمرارَه بمقتضى السبب الذي بنى عليه تشريعه، لا بالاستصحاب.

٩ ـ أنواع الاستصحاب عند الأصوليين.

١٠ ـ المالكية، ووجهة نظرهم في استصحاب «الوصف» من حيث تطبيقه على بعض المسائل، أو الوقائع المتجدِّدة، يخالفون جمهورَ الفقهاء من حيث اجتهادهم في هذا التطبيق، وبيان رأي ابن حزم في ذلك، والأمثلة التطبيقية المعروضة من العلاقات الزوجية.

١١ ـ تقدير موقف الأصوليين من اعتبار أنواع أخرى من الاستصحاب، وتحليلها، ومناقشتها في ضوء علم الأصول وفلسفته:

أ ـ النوع الأول: العدم الأصلي، أو براءة العدم الأصلية من التكاليف.

١٢ ـ العقل المحض، لا يملك إثبات الأحكام ابتداء، لأن دلالته مقصورة هنا على «العدم الأصلي» أو البراءة من التكاليف، قبل ورود الشرع، ومع ذلك، فإن للعقل مدخلاً دلالياً في تجاوز أصل الإباحة، أو الحِلِّ العام، إلى إيجاب أمر ثبت بمقتضى حكم العقل العلمي المتخصص، أن فيه نفعاً عظيماً، وكذلك للعقل حُكمٌ بالمنع أيضاً في كل أمر يثبت بمقتضاه، أن فيه ضرراً كبيراً بَيّناً، وإن لم يرِدْ في الشرع دليلٌ خاص به، من نص، أو إجماع، أو قياس، لأن فهم نفس الشرع وروحه العام، يوجب ذلك، ومردُّ هذا ـ فيما نعتقد ـ إلى استلهام القواعد العامة في التشريع، ومقاصده الأساسية.

١٣ ـ الأصوليون يُقرِّرون في مصنفاتهم، أن «البراءة الأصلية» أو «العدم الأصلي» حكم عقلي محض، وهو سابق على ورود الشرع به، ومع ذلك يدرجونه في أنواع الاستصحاب!!.

١٤ ـ الأمثلة التطبيقية لاستمرار العدم الأصلي، أو البراءة الأصلية، بحكم العقل.

١٥ ـ هل الحكم الثابت بالإجماع، أو القياس محل للاستصحاب؟

١٦ ـ الحكم الثابت عن طريق القياس، في الفرع المقيس، ليس محلاً للاستصحاب في ذاته، لأن الفرع تبعٌ للأصل، فإذا كان أصله محلاً للاستصحاب، كان الفرع محلاً له، تبعاً لذلك، وإلّا فلا.

١٧ ـ مدى حجّية الاستصحاب عند الأصوليين.

١٨ ـ موقف ابن حزم من مسلك المالكية في تطبيقهم لقواعد الاستصحاب على الوقائع والحالات المعروضة، حيث يذهبون ـ كما علمت ـ إلى تغليب جانب الحيطة والحذر، في الحكم باستصحاب الحال، فتراهم أحياناً يُصيبون شاكلةَ الرمي، وأخرى يجافون غاية ما حرصوا عليه من الاحتياط، ونعرض رأيَ ابن حزم، ونقده لمثل هذا المسلك، وما يترتّب عليه من لوازم يُنكرها الشرع، وتقديرنا لهذا الموقف أصولياً.

١٩ ـ تحديد محلِّ النزاع في حُجِّية الاستصحاب.

٢٠ ـ مدى حجِّية الاستصحاب عند الأصوليين.

٢١ ـ منشأ الخلاف.





مقدمة

لم تتفق كلمة الأصوليين والفقهاء على «مفهوم موحّد» «للاستصحاب» ولا على «أنواعه» التي يتحقق فيها مناطه، ولا على مدى «حجِّيته» في الاستدلال الأصولي، من حيث كونه خطة منهجية علمية، ينبغي أن يلتزمها المجتهد، ويعمل بما تؤدِّي إليه من أحكام، حين لا يظفر المجتهد بدليل من الكتاب أو السنة، أو الإجماع، أو القياس - بعد البحث والتحرِّي - ليغطي به الحالة، أو الحادثة المعروضة التي ثبت لها حكم سابق في الماضي، ولا يدرى طروءَ دليلٍ مغيّر لها في الحاضر، على الرغم من مرور الزمن، حتى إذا أعيا **المجتهد** البحث عن الدليل المغير، فلم يجده، لجأ حينئذ إلى «الاستصحاب» على أنه آخر الأدلة، أو على حدِّ تعبير الأصوليين **«آخر مدار الفتوى»**[1].

وعلى هذا فقد تبيَّن لك، أن شرط اللجوء إلى الاستدلال بالاستصحاب، أصولياً عند القائلين بحجِّيته، هو البحث عن الدليل المغيرِّ لحكم الحادثة المعروضة الذي ثبت

---

(١) «إرشاد الفحول» للشوكاني ص٢٣٧، و«كشف الأسرار»: (٣/ ١٠٩٧)، يقول شارح «أصول البزدوي»: «إن استصحاب حكم ثبت بدليل مطلق، غير معرض للزوال والبقاء، ليس بحجة قبل الاجتهاد في طلب الدليل المزيل».

لها في الماضي، وعدم إمكان العثور عليه أو وجدانه، فيحصل لدى المجتهد ـ بعد البحث والاستقصاء في المصادر التشريعية الأربعة المعروفة من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس، ولم يظفر بأي دليل مغير ـ فيحصل لديه عندئذ **ظنٌّ بعدم الدليل**، والظنُّ بعدم الدليل المغير أو المزيل، يستلزم النقيض وهو الظن بالبقاء والاستمرار للحكم السابق، وهذا الملحظ هو الذي ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار، إبّان الاستدلال على مدى حجّية الاستصحاب عند الأصوليين، على ما سيأتي تفصيله.

ونوَدُّ أن نشير هنا، **إلى أنَّ الظنَّ بالعدم**[1] ثمرةً للبحث أو التحرِّي مما يستلم الظن بالبقاء والاستمرار **ينزَّل منزلة «العلم»**، لأن «العلم» أو «الإدراك» مفهومٌ عام يندرج فيه كل من اليقين، أو الظن القوي، فكان الظن أو الإدراك القوي «علماً» أو بمنزلة العلم، وهذا كافٍ في حجّية المعاملات، إجماعاً، على ما سيأتي بيانه في بحث «مدى حجيته».

هذا وإذا كان **البحث أو التحرِّي، شرطاً مجمعاً عليه**، من أجل الظفر بالدليل المغيِّر، فلا يجوز إذن الاستدلال بالاستصحاب على حكم الوقائع المعروضة، قبل هذا البحث[2] لفقدان شرط العمل به، والشيء لا يوجد بدون شرطه، بل لا يصح، لأن «حكمة» هذا الشرط، هي جعلُ «الاستصحاب» آخرَ الأدلة، فأيُّ دليلٍ من المصادر التشريعية المعروفة، يعثر عليه يقدم عليه إذا عارض الحكم السابق، لأن إرادة الشارع اتجهت إلى تغيير ما كان ثابتاً قبلاً، فيرجِّح الدليل المغير الطارئ على الدليل السابق الثابت في الماضي، سواء أكان عقلياً أم شرعياً، على ما نفصل القول فيه في مقامه.

---

(١) وإنما يحصل الظن بعدم الدليل، بعد البحث والنظر، ولم يظفر به، لأنه لو وجد، لنقل إلينا عادة، آحاداً أو تواتراً، وإلّا لزم القول بضياع شيء من الشريعة، وهذا باطل.

(٢) راجع في بحث الاستصحاب: «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي»: (٤/ ١٦٠ ـ ١٧٠)، و«الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم الأندلسي: (٥/ ٥)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني ص٢٣٧، و«التلويح والتوضيح» لصدر الشريعة: (٣/ ٣٦)، و«كشف الأسرار» لعبد العزيز البخاري: (٣/ ١٠٩٧ وما يليها).

فتلخص، أن المجتهد إذا بذل أقصى ما في وسعه العلمي في البحث عن الدليل المزيل، أو المغير، لحكم سابق للحالة الماضية، فلم يظفر به، لجأ حينئذ إلى الاستدلال بالاستصحاب، فيسحب هذا الحكم السابق الثابت للحالة في الماضي، ليجعله قائماً مستمراً في الحاضر، والمستقبل، لأن مجرّد مرور الزمن، لا يغير حكمها الذي شرع لها ابتداء دون دليل مؤثر جديد يقطع هذا الاستمرار والبقاء، وهذا معنى قول الأصوليين. «الأصل بقاء ما كان على ما كان»[١] حتى يوجد الدليل المغير، فهل يعتبر هذا أصلاً عاماً من أصول الاستدلال والاستنباط شرعاً، تقوم به الحجة، عند عدم وجود الدليل المغير؟ ذلكم هو موضوع البحث!

على أنه قبل تناول هذا البحث، لا بد أن نشير ـ بادئ ذي بدء ـ إلى أن فريقاً من الأصوليين اختلط عليه الأمر، فتجده لا يكاد يميِّزُ بين **حكم العقل المحض** الذي يقضي بوجود الحكم، كما يقضي باستمراره أيضاً، **وبين الاستصحاب على الاستمرار**، إذاً فالدليل هو العقل لا الاستصحاب.

هذا وتجد فريقاً آخر يشتبه الأمر عليه بين **الاستدلال بالاستصحاب** على استمرار الحكم الثابت به أصل وجود الحكم في الماضي، **بدليل شرعي**، **وبين ما يدل العقل والشرع معاً، على وجود هذا الحكم واستمراره أيضاً**، مما يدلُّ على أن الشرع جاء مؤيِّداً لحكم العقل، ولو أراد تغييره، لورد الدليل الشرعي الطارئ بتغييره، ولما لم يوجد هذا الدليل، نشأ الظنُّ القوِّي بإرادة استدامة[٢] الحكم العقلي واستبقائه، فيبقى على ما كان.

هذا، ويقع «التخليط» أيضاً، بين **استمرار الحكم الشرعي بالاستصحاب، وبين استمراره، نتيجةً لازمة لحكم أصل وجوده** الثابت له شرعاً في الزمن الماضي ابتداء[٣]، مما يتبيَّن، أن المشرع، قد أقام الحكم السابق للحادثة على «سبب» اقتضى

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) «المستصفى» للغزالي: (١/ ٢١٧).

(٣) «كشف الأسرار» لعبد العزيز البخاري: (٣/ ١١٠١).

أصل وجوده، كما اقتضى استمراره معاً ـ في الوقت عينه ـ فيكون استمرار الحكم واستدامته ـ كما ترى ـ ثابتين باقتضاء «السبب» لا بحكم الاستصحاب، فينبغي ملاحظة هذا الفارق الحاسم، وهذه هي الأحكام الشرعية الممتدة[١].

وأيضاً، إن ما كان استمراره من الأحكام ـ حاضراً ومستقبلاً بمقتضى «سببه» الذي أقام الشارع نفسه الحكم على أساسه، ينبغي أن يكون هذا النوع أثراً مسلماً به شرعاً، مراعاة للسبب المؤثر بجعل الله تعالى في هذا الإيجاد والاستمرار كليهما، فخرج بذلك، من أن يكون مثاراً للاختلاف في استمراره أو بقائه، وما يستوجب هذا البقاء من استتباع «الآثار» الواجب العمل بها، لقوة حجتها، بقوة المؤثر فيها، وهو السبب، وهذا لا يَمتُّ إلى «حقيقة الاستصحاب» مطلقاً، **لما عرفت من أن «مناط» الاستصحاب والاستدلال به إنما يكون حيث لا دليل، وهذا دليلٌ قائمٌ وهو «السبب» الشرعي الذي اقتضاه، بل الذي أقام الشارعُ الحكم عليه أصلاً** .

وعلى هذا، فحجِّية استمراره، وما يستوجب هذا الاستمرار من استتباع آثاره، مستمدٌّ من حجَّة «السبب» نفسه الذي اعتبره الشارع، بدليل إقامته الحكم عليه ابتداءً، فالبقاء إذن ـ في هذه الحال ـ أثر للعلة أو السبب، وليس أثراً للاستدلال بالاستصحاب، أو عملاً بحكمه!!

فتلخص، أن دليل ثبوت الوجود الذي اقتضاه السبب، هو بعينه دليلُ البقاء والاستمرار، لقيام الحكم أصلاً على «سبب» حتى يوجد الدليل الطارئ المؤثر في تغيره.

مثال ذلك: «الملك الثابت شرعاً، أثراً لعقد البيع، وحكماً أصلياً له، والزوجية الثابتة بعقد الزواج، والقرض، والضمان أو التعويض الثابت شغل الذمة به، بفعل

---

(١) قد وقع في هذا الخلط صاحب «كشف الأسرار»، إذ يعتبر استمرار حكم بقاء الزوجية من الاستصحاب، في حين أن الزوجية قائمة على السبب وهو العقد، فيكون البقاء مقتضى للسبب لا للاستصحاب، حيث يقول (٣/ ١٠٩٩): «إذا تيقن بالنكاح، ثم شك في الطلاق، لا يزول النكاح بما حدث من الشك، وهذا كله استصحاب».

الإتلاف مع التعدِّي، فإن أدلة ثبوت أصل وجود هذه الأحكام، هي عقد البيع، وعقد الزواج، وعقد القرض، وفعل الإتلاف تعدِّياً، وهي «أسباب جعلية» بمعنى أن الشارع قد جعلها «أسباباً» و«عللاً» مؤثرة في أصل وجود هذه الأحكام، أو نشوئها بعد أن لم تكن، كما جعلها تقتضي استمرارها وبقاءها، حتى يطرأ الدليل المغير، بأن يبيع «المالك» ما اشتراه، أو يهبه، أو تنتهي عقدة النكاح بالطلاق، أو يؤدِّي من شغلت ذمته بالمال المُقْرَض إلى المقرِض، أو يبرئه المقرض، أو يعوض المتلف عما أتلف، على صاحبه، ولولا هذا الدليل المغير، لبقي حكم الزواج قائماً مستمراً، حاضراً ومستقبلاً، وكذلك «الملكية» مستمراً حكمها لصاحبه، بعين السبب الذي أنشأ أصل وجودها في الماضي، ولوسع كل من شاهد عقد البيع إبان إبرامه، أن يشهد أمام القضاء، إذا ما دُعِيَ إليه، عند التنازع، أن يشهد بأن الملك لمن اشترى بعقد شاهد إبرامه في الماضي، بينه وبين البائع، وما ذاك إلّا لقوة استمرار الحكم شرعاً، بعين دليل وجوده، أي بالعقد أو السبب. ولكن الأصوليين ـ وإن اتفقوا على هذا الحكم ـ أدخلوا هذا النوع من استمرار الوجود، في بحث «الاستصحاب» على الرغم من عدم تحقيق مناطه فيه، والاستدلال به على حجِّيَة الاستصحاب، وهو غير داخل في محلِّ النزاع أصلاً، كما رأيت[1].

هذا، وقد أشرنا آنفاً، إلى صحَّة هذا الأصل، من أن **الاستمرار هو أثرٌ لازمٌ لأصل وجود الحكم القائم على سبب يقتضيه، لا للاستصحاب**، بدليل أن هذه «العقود» التي هي «أسباب» لنشوء أحكامها، لا تقبل «التوقيت» بل التوقيت يُفْسدُها، وعلَّلوا ذلك، بأنه «ينافي مقتضى «السبب» وهو «ديمومتها» أي استمرار أحكامها، فعقد الزواج المؤقت باطل، وعقد البيع لا يقبل «التوقيت»، فلو قلنا: اشتريت هذه الأرض لسنتين، بَطُلَ العقدُ، وغير ذلك من العقود التبادلية، مما يدلُّ على أنها أحكام شرعية ممتدة، ما عدا ما يقبل «التوقيت» بحكم طبيعته، كعقد الإجارة، لأنه عقد على المنافع لا على الأعيان، وهي بطبيعتها تتحدَّد شيئاً فشيئاً، وإذا كان استمرار الحكم

---

(١) المراجع السابقة، وراجع بوجه خاص «كشف الأسرار على أصول البزدوي»: (٣/ ١١٠١ وما يليها).

في جريانه، واستتباع آثاره ثابتاً بالسبب الذي اقتضى أصل وجوده، لا بحكم الاستصحاب كما بيّنا، ولم يكن ثمة وجه لاستدلال الأصوليين على «حجّية الاستصحاب» بمثل هذه العقود، إذ لا صلة لها بالاستصحاب أصلاً، لا من قريب ولا من بعيد، فكان الاستدلال بها، استدلالاً في غير موضعه!!».

١ ـ غير مجد الاستدلال على حجية الاستصحاب، باستمرار أحكام الشريعة إلى يوم القيامة، لأن خلود الشريعة ثابتٌ بالأدلّة التي نهضت به، وهي صريحة الدلالة على أنها دين الله إلى الزمن المُقدَّر لبقاء هذا العالم، وهذا ليس بحكم الاستصحاب، على ما ذهب إليه كثير من الأصوليين!

من عجب، أن ترى فريقاً من الأصوليين، يستدلُّ على حجّية الاستصحاب باستمرار أحكام الشريعة إلى الزمن المقدر لبقاء هذا العالم، **وهذا تخليط بين ما قام الدليل القاطع على استمراره وبقائه، بل وخلوده، وبين الاستمرار بحكم الاستصحاب، حيث لا دليل، ولا سبب، فوجب التمييز!!.**

أما أن «الإسلام» خالد إلى يوم القيامة، فهذا ليس من قبيل «الاستصحاب» في شيء، لأن دوامه وبقاءه ثابت بالدليل الذي يوجب البقاء، والخلود، ذلك لأن رسالة الإسلام خاتمة الشرائع، وليس ثمة من رسالة تأتي بعدها لتنسخها أبداً[1] بعد وفاته ﷺ وكذلك لا رسول بعد محمد ﷺ بل هو خاتم النبيين والمرسلين، بنص الكتاب العزيز: ﴿مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَٰكِن رَّسُولَ ٱللَّهِ وَخَاتَمَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ﴾ [الأحزاب: ٤٠]. ولا يقبل عند الله من يبتغي غير الإسلام ديناً: ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ﴾ [آل عمران: ٨٥].

هذا، وإذا ثبت يقيناً أن الإسلام هو «النعمة الكبرى» التي أسبغها الله تعالى على العالمين، باعتباره الرسالة الكاملة، وأنه هو الدين الذي ارتضاه لخلْقه، أن يتعبَّدوه به، فليس بعد «النعمة الكبرى» و«كمال الرسالة» وارتضاء الله تعالى لنا الإسلام ديناً، شيء يبتغى!!

---

(١) «التلويح على التوضيح» لصدر الشريعة: (٢/ ٣٦)، و«تسهيل الوصول إلى علم الأصول» لعبد الرحمن المحملاوي ص٢٣٧.

هذا، وقد علمت، أن الاستدلال بالاستصحاب، لا يكون إلّا حيث لا دليل على التغيير، ولا سبب يقتضي الاستمرار بعد البحث والنظر، فيحصل للمجتهد حينئذ «ظن البقاء»، **لكن ما نحن فيه، ليس مظنون البقاء، بل مستيْقن البقاء والخلود، لقيام الأدلة القطعية على ذلك، فافترقا!!**

هذا، **وترى فريقاً آخر من الأصوليين، ينكر «حجية» الاستصحاب أصلاً**، دون تفصيل في «الأنواع» التي تفرعت عن أصل حقيقته ـ في تصوُّر كلّ منهم ـ **وفريقاً آخر يراه «حجة» في بعض الحالات دون بعض، بمعنى أنه يراه «حجة» إذا كان الحكم السابق سلبياً، لا إيجابياً**، لأدلة استندوا إليها وستأتي مناقشتها، هذا عدا الفريق الذي يرى أن الاستصحاب «**حجة مطلقاً**» لأنه ـ في تصور هذا الفريق ـ مما يوجبه العقل، والفطرة، والعرف العام في المجتمع البشري، فضلاً عما استدلوا به من الإجماع، شريطة أن يبلغ «إدراك المجتهد» مستوى من الظن القوي بعدم الدليل المغير، والظن كافٍ في الاستدلال به على إثبات أحكام المعاملات، لأنه بمنزلة «العلم» ـ كما قدّمنا ـ تيسيراً على الناس في سعيهم لتحقيق مصالحهم «في التعامل» وحفظ حقوقهم، فيجوز استصحاب الحكم السابق للحال الثابتة بدليلها من الزمن الماضي، والحكم باستمرار آثاره في الحاضر والمستقبل، وبناء على ثبوته في الماضي، ما لم يَقُمْ دليلٌ طارئٌ مؤثِّر في تغيره، وقطع استمراره، ونحن إزاء هذه الآراء المتعارضة، في «حجية»[(١)] الاستصحاب، ينبغي أن نجلي «الحقيقة» ناصعة البيان، مدعمة بالأدلة، لاتصال «الاستصحاب» ـ باعتباره منهجاً يفضي بالمجتهد إلى استمرار الحلول لوقائع لا تحصى ـ أقول: لاتصاله بمرونة الشريعة واقتدارها على مجابهة الوقائع المتجدِّدة بما تستوجب من أحكام على ضوء تلك «الحقيقة» التي هي وليدة البحث المتعمِّق المستقصى، يمكن الحكم على آراء الأصوليين المتضاربة، للوصول إلى «الحق العلمي» وهذا يقتضينا، أن نُحدد «مفهوم الاستصحاب» بادئ ذي بدء، فنقول:

٢ ـ تعريف الاستصحاب: لغةً، واصطلاحاً، **فالاستصحاب لغة: طلب**

---

(١) «التقرير والتحبير على التحرير» لابن أمير الحاج: (٣/ ٢٩٠). ط/ دار الكتب العلمية ـ بيروت.

المصاحبة، واعتبارها، والمصاحبة ملحوظ فيها معنى «اللزوم والمرافقة»[١] يقال: استصحبت الكتاب، لازمته[٢] ولم أفارقه. ومن هنا، قيل: «استصحبت الحال، إذا تمسكت بما كان قائماً في الماضي، كأنك جعلت تلك الحال مصاحبة غير مفارقة، حتى الزمن الحاضر بل والمستقبل.

وأما في اصطلاح الأصوليين، فمؤدّاه: **أن ما ثبت في الزمن الماضي، فالأصل بقاؤه في الزمن الآتي، وكل ما كان فيما مضى، ولم يظن عدمه، فهو «مظنون البقاء»**[٣].

هذا، وقد عرَّفه ابن القيم في موسوعته «إعلام الموقعين»[٤] بما فيه «**تفصيل لصفة الحكم المستصحب**» من حيث كونه «**سلبياً**» أو «**إيجابياً**» وهو ما أكده في مواضع عدة، حيث يقول: «**الاستصحاب استدامة ما كان ثابتاً، ونفي ما كان منفياً**» وإلى هذا المعنى أشار الخوارزمي أيضاً ـ فيما نقله عنه الشوكاني ـ من حيث كون الاستصحاب منهجاً علمياً تقوم به الحجة في الاستدلال، بناء على مراحل من النظر والبحث، يتحتم على المجتهد سلوكها، واجتيازها، شرطاً مسبقاً لِيَصحَّ استدلاله بالاستصحاب مع الإشارة أيضاً إلى «**صفة الحكم المستصحب**» من النفي والإيجاب، حيث يقول: وهو ـ أي الاستصحاب ـ آخر مدار الفتوى، فإن المفتي إذا سئل عن حادثة، يطلب حكمها في الكتاب، ثم في السنة، ثم في الإجماع، ثم في القياس، فإن لم يجده، **فيأخذ حكمها من استصحاب الحال، في النفي، والإثبات، فإن كان التردُّد (الشك) في زواله، فالأصل بقاؤه، وإن كان التردُّد في ثبوته، فالأصل عدم ثبوته**[٥]. وتفصيل ذلك: أن

---

(١) «المصباح المنير»: (١/ ٣٩٤).

(٢) «كشف الأسرار»: (٣/ ١٠٩٧).

(٣) «إرشاد الفحول» للشوكاني ص٢٣٧.

(٤) (١/ ٢٩٤)، ويقول صاحب «كشف الأسرار»: (٣/ ١٠٩٧): «وفي الشريعة ـ أي تعريف الاستصحاب في الشريعة ـ هو الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على أنه كان ثابتاً في الزمان الأول». ويقصد بالزمان الأول، الزمن الماضي، والزمن الثاني الحاضر والمستقبل.

(٥) المرجع السابق.

الاستدلال بالاستصحاب، لا يصحُّ، إذا عارضه دليل على حكم الحادثة، مستمد من المصادر الأربعة المذكورة آنفاً، لأنها أقوى في الدلالة، فتقدم، وهذا معنى قولنا: إن الاستصحاب آخر الأدلة.

هذا، ويدل هذا التعريف، على أن التردُّد أو الشك - **وهو ما استوى فيه طرفا الوجود والعدم في** مبلغ إدراك المجتهد، بحيث يفقد معه إمكانية ترجيح أحد الطرفين على الآخر، لكونهما مستويين في مبلغ ما ارتقى إليه المجتهد من إدراك، إذ الترجيح يفتقر إلى الدليل المرجح، وهو هنا مُنْتفٍ، أقول: لا يقوى التردد أو **الشك على تغيير ما كان ثابتاً في الماضي بخلاف «الظن»** فإن مبلغ إدراك المجتهد لأحد الطرفين فيه أرجح من الآخر بالدليل، وإلّا ما كان ظناً.

وبناء على هذا، فإن «التردد» أو الشك، لا يقوى على تغيير ما كان ثابتاً في الماضي - نفياً أو إثباتاً - فيبقى الحكم على ما كان عليه، لسبب بسيط، هو أن احتمال التغيير - في إدراك المجتهد - مساوٍ لاحتمال عدم التغيير، وليس ثمة من دليل يرجِّحُ أحد هذين الاحتمالين، ومتى استوى الاحتمالان في إدراك المجتهد - وهذا هو معنى التردُّد أو الشك المشار إليه في تعريف الخوارزمي - كان ترجيح أحدهما على الآخر «تحكماً» وهو ما لا يجوز المصير إليه بحال، لبطلانه في الشرع، **فيحصل لدى المجتهد حينئذ «الظن بالبقاء» أثراً للظن بعدم المغير لزوماً، فتبقى الحالة على ما كانت عليه في الماضي**، مستوجبة حكمها الذي شرع لها ابتداء، ويستمر هذا الحكم في الزمن الحاضر والمستقبل أيضاً، مستتبعاً كافة آثاره، لعدم طريان المغير.

يرشدك إلى هذا، أن المحققين من الأصوليين أدخلوا «ظن البقاء» مقوماً أصيلاً لمفهوم الاستصحاب، بل جعلوه «جوهر مناطه» لأنه لازم للظن بعدم الدليل المغير - كما ذكرنا - ترى هذا واضحاً في تعريف الكمال بن الهمام للاستصحاب، حيث يقول ما نصه: «الاستصحاب هو الحكم ظناً ببقاء أمر، تحقق سابقاً، ولم يظن عدمه، بعد تحققه»[1]، فانظر كيف جعل «ظن البقاء» لازماً للظن بعدم الدليل الطارئ المغير -

(١) «التحرير وشرحه التقرير والتحبير»، المجلد الثالث ص٢٩٠ للكمال بن الهمام، و«الشرح» لابن أمير الحاج. ط/ دار الكتب العلمية - بيروت.

يؤكد هذا، المفهوم المخالف لعبارة الكمال، وهو أنه: «لو ظن أو علم وجود الدليل المزيل أو المغير، لما حصل: ظن البقاء»، فالتلازم بينهما، قائم، طرداً وعكساً، في الحالين، كما ترى.

هذا، وباعتبار أن «ظن البقاء» ليس إلّا استمراراً للوجود، وأثراً له، كان هذا مستغنياً عن الدليل الإيجابي المؤثر الجديد، بل يكفي أصل الوجود، لينتج أثره بخلاف «الظن بالانتفاء» وقطع الاستمرار، فلا بُدّ له من دليل مستقل طارئ مؤثر جديد، وإلّا فإن «ظن البقاء» هو الذي ينبغي العمل به، لاستغنائه عن الدليل، بحكم الاستمرار، أثراً لأصل الوجود، كما قدّمنا.

فتلخص أن قوة استمرار الحكم السابق الثابت بدليله ابتداء، للحالة التي كانت قائمة في الماضي، هذه القوة ـ في الواقع ـ مقتضى أو أثر لازم لعين دليل وجود ذلك الحكم، أو ثبوته، ولا تفتقر قوة الاستمرار هذه إلى دليل جديد مستقل يثبتها، إذ الأصل أن ما ثبت من حكم شرعي لحالة أو شيء في الماضي، بدليله، ولم يوجد ما يغيره، ظن بقاؤه واستمراره لزوماً لذلك الدليل نفسه، بعد البحث والنظر والتحرِّي عن المغير، ولم يظفر به، إذ لو وجد لنقل إلينا عادة[1]، وهذا الاستمرار اللزومي هو ما يقضي به سنن الكائنات وطبائع الموجودات، والشرع لم يأت ضداً عليها، وتفصيل ذلك:

١ ـ أنَّ الأصل في الأحكام الشرعية ـ على ما بيّنا آنفاً ـ أنها إذا ما ثبتت وتحققت بأدلتها، بقيت واستمرت، لأن دليل وجودها، وتحققها ابتداء، وفيما مضى، يستلزم ظن بقائها، وديمومة سريان آثارها ـ حاضراً ومستقبلاً ـ ما دام لم يوجد المغير بعد البحث والتحري، والظن القوي كافٍ في الاستدلال لإثبات أحكام المعاملات، ووجوب العمل بما تستتبع من آثار، شريطة أن يبذل المجتهد أقصى وسعه في البحث عن الدليل المغير، ولم يظفر به، فيحصل عندئذ الظن بعدم هذا الدليل، وهذا بدوره يستلم الظن بالبقاء والاستمرار، كما بيّنا.

---

(١) وإلّا لزم ضياع شيء من أحكام الشريعة، وهذا باطل لا يقول به أحد.

على أن «الظن» في هذا المقام من تشريع المعاملات، وأحكامها ـ كما بيّنا ـ يفسر بمعنى «العلم» و«الإدراك» بل ينزل منزلته، حتى إذا حصل «العلم بعدم الدليل» استلزم «العلم بالبقاء» ضرورة، فكان الاستدلال بالاستصحاب ـ وهو ظن البقاء ـ استدلالاً بالعلم بعدم الدليل، لا بعدم العلم بالدليل ـ كما قيل ـ وهذا التمييز بين النوعين من الاستدلال، ينبغي أن يكون مَلْحظاً معتبراً في «حجية» قوة استمرار الحكم، وديمومة استتباع آثاره الملزمة، بعد حدوثه وثبوته، على ما سيأتي تفصيل القول فيه.

وقصارى القول: أن «ديمومة» الحكم السابق وبقاءه ـ حاضراً ومستقبلاً ـ ثابتة بعين دليل وجوده، ابتداء في الماضي، باعتباره أثراً لازماً له، فكانت قوة الاستمرار إذن مستمدة من عين الدليل الذي أوجده الحكم أولاً، لأن الدليل الدالَّ على الملزوم، دالٌّ على لازمه، أصولياً، وهذا معنى قول الأصوليين: إن ديمومة الحكم واستمراره «مستغنية» عن الدليل الجديد المستقل ليُثبتها، اكتفاءً بالدليل الذي أوجد الحكم ابتداء، وفي هذا المعنى يقول الإمام السرخسي: «وما ثبت فهو باق، لاستغناء البقاء عن الدليل»[1]، ويقول الآمدي في كتابه «الإحكام»[2]، في هذا الصدد: «. . . لأن ما تحقق وجوده، أو عدمه، في حالة من الأحوال، فإنه يستلزم «ظن بقائه» والظن حجَّةٌ متبعةٌ في الشرعيات»، أي في أحكام المعاملات، دون العقائد.

٢ ـ هذا، ويلاحظ أن الآمدي قد نوّه بشأن الحكم العدمي «السلبي» فهو والحكم الإيجابي «الوجودي» في استمرار البقاء سواء بسواء.

على أن عبارة الإمام السرخسي هذه تدل بمفهومها المخالف، على أن نقيض «البقاء»، وهو الانقطاع وعدم الاستمرار، غير مستغن عن الدليل، ليثبت هذا الانقطاع الطارئ، وكل ما كان مفتقراً إلى دليل يثبته، فهو خلاف الأصل، فتعيَّن أن يكون «الأصل» أو القاعدة العامة هو «البقاء والديمومة والاستمرار» لأنه مسْتَغْنٍ عن الدليل، ومن أراد نقض هذا البقاء، فعليه بالدليل.

(١) «أصول السرخسي» (٢/ ٢٢٦)، و«كشف الأسرار»: (٣/ ١٠٩٧ وما يليها) ، و«المستصفى مع فواتح الرحموت»: (١/ ٢٢٢ ـ ٢٢٣).

(٢) (٤/ ١٧٢).

٣ ـ إن ظن بقاء الحكم واستمراره ـ وهو الاستصحاب ـ باعتباره أثراً لازماً لعين دليل وجوده، كان أقوى من احتمال تغيره.

ومعنى هذا، أن الحكم الشرعي إذا وجد، وثبت بدليله ـ إيجابياً كان أو سلبياً ـ فالأصل ديمومته، وبقاؤه واستمراره، ولا تفتقر قوة استمراره هذه، إلى دليل جديد مستقل يثبتها، لأنها «الأصل» فكانت بذلك أقوى من احتمال التغير الطارئ الذي يفتقر إلى دليل يثبته[1]، لأنه خلاف الأصل.

وفي هذا المعنى يقول الآمدي في «الإحكام» ما نصه: «إن ظن البقاء أغلب من احتمال التغير»[2].

هذا، وإنما قلنا: إن «ظن البقاء» ـ وهو الاستصحاب ـ باعتباره ثابتاً أثراً لازماً لعين دليل الوجود، أو مقتضى له، فكان ـ لذلك ـ مستغنياً عن دليل آخر جديد يثبته، وأنه هو الأصل، بخلاف احتمال تغيُّره، لافتقاره إلى دليل طارئ مستقل ومؤثر يثبته، فكان خلاف الأصل، إنما قلنا هذا، لأن «الأصل» دليل ثبوته مستمد من ذاته هو، أي من حيث كونه أصلاً، ولذا كان مستغنياً عن الدليل بنفسه، فثبت ما قلنا، من أن «الأصل البقاء والاستمرار» وأن قطع هذا الاستمرار هو خلاف الأصل، لافتقاره إلى دليل طارئ مستقل جديد يؤثر في قطع الاستمرار، أو رفع البقاء.

٤ـ ظن البقاء والديمومة، لا يساوي يقين البقاء، فافترقا نوعاً وحكماً. هذا، و«ظن البقاء» لا يساوي «يقين البقاء» فإن هذا الأخير، ليس مما نحن فيه، فلا يدخل عنصراً أو نوعاً من الاستصحاب، وبيان ذلك: أن قوة استمرار الحكم الشرعي، وديمومة استتباع آثاره الملزمة، يكفي في ثبوتها «غلبة الظن بالبقاء» والتي استلزمها الظن بعدم الدليل الجديد الطارئ المغير، بعد البحث والاستقصاء ـ كما بيّنا ـ ومفاد هذا: أن قوة استمرار الحكم بعد حدوثه وثبوته، إذا ثبت يقيناً ـ لا ظنّاً ـ وبنص صريح، لم تكن هذه «القوة اليقينية» ثابتة بحكم الاستصحاب الظني في شيء بداهةً،

---

(١) «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي: (٤/ ١٧٣).

(٢) المرجع السابق.

لعدم الحاجة إلى الاستصحاب حينئذ، لأنه آخر الأدلة، فيقدم الاستدلال بالنص الصريح الثابت الذي يفيد يقين البقاء، على «الظن الاستصحابي» الذي يفيد الاستمرار لزوماً ودلالة، فينبغي استبعاده من أنواع الاستصحاب، إذ لا يتحقق فيه مناطه كما ترى، ومثال ذلك:

إن الشارع الحكيم، قد ينصّ صراحةً على إنشاء الحكم الشرعي، وعلى استمراره أبداً، في سياق النص نفسه، وذلك من مثل تشريع حكم «خصلة العقوبة المعنوية» للقاذف، إذا لم يأت بأربعة شهداء، فضلاً عن العقوبة المادية ـ وهي الجلد ـ في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾ . . . [النور: ٤]. فقطع لسان القاذف معنوياً ـ كما ترى ـ حكم شرعي أبدي ـ بالنص الصريح القاطع، ولو تاب القاذف على الراجح ـ ومعلوم أنه لا يلجأ إلى الحكم بالظن الاستصحابي بالبقاء، إزاء ورود منطوق النص الصريح بذلك، إذ ليس مع اليقين عمل بالظن.

تجد هذا أيضاً، في مثل قوله ﷺ: «**الجهادُ ماضٍ إلى يوم القيامة**»[1]، فكان النص الصريح أقوى استدلالاً من لازم الدليل.

وعلى هذا، فإن الاستصحاب ـ في الواقع ـ ليس دليلاً جديداً، وإنما هو إعمال لدليل سابق، أو تقرير له، على طريق «**التلازم**» بين دليل أصل الوجود، ولازمه من البقاء، وبيان ذلك:

أنه إذا كان «ظن البقاء» ـ وهو الاستصحاب ـ لازماً وأثراً، أو مقتضى لعين دليل الوجود، فالتلازم قائم بينهما، فحيث يوجد دليل الوجود، يستلزم ظن البقاء، ما لم يوجد المغير، فدل هذا «التلازم» على أن «الاستصحاب» ليس دليلاً مستقلاً، وإنما هو ـ في حقيقته ـ إعمال للدليل السابق عن طريق اللزوم، ولا ريب أن الدليل النصي الصريح، أقوى دلالة، وأجدر تقديماً على الدليل اللزومي.

---

(١) أخرجه أبو داود: ٢٥٣٢، من حديث أنس بنحوه، وأخرجه بلفظه الطبراني في: «الأوسط»: ٤٧٧٥، من حديث جابر وعلي.

نخلص من هذا، إلى أن الأحكام الشرعية الثابت وجودها، واستمرارها، بالنص الصريح، ليست محلاً للاستصحاب أصلاً، ولا هي من عناصر موضوعه، لأن قوة استمرار الحكم، قد ثبتت بمنطوق النص الصريح المثبت لوجوده، بخلاف الاستصحاب، لأن ظن بقاء الشيء لازم لوجوده وليس صريحاً فيه.

٥ ـ الأحكام العقلية ليست محلاً للاستصحاب أيضاً، إذ ليس مناطه متحقِّقاً فيها، فينبغي استبعادها من أنواع الاستصحاب، وبيان ذلك:

أن «**الحكم العقلي المحض**» مستمرٌ بآثاره الملزمة، باستمرار قيام دليله، وهو العقل، فما دام «العقل» قائماً ومستمراً، فما يقضي به من حكم، قائم ومستمر كذلك، إذ الحكم لا يتخلّفُ عن دليله، وجوداً وبقاءً، واستتباعَ آثار، أو بعبارة أخرى، إنه باستمرار قيام العقل، يستمر حكمه الذي يقضي به، مادام لم يَرِدْ من الشرع ما يغيِّره، أو يوجب انقطاعه أو رفعه.

فالشارع ـ على سبيل المثال ـ أوجب صلوات خمساً فقط، فيحكم العقل وحده بعدم إيجاب صلاةٍ سادسة[1]، لا بحكم النص الموجب لخمس صلوات، بل بموجب العقل.

على أن الشرع جاء مؤيداً لحكم العقل هذا، إذ لا حكم للعقل وحده في الشرعيات عند الجمهور، خلافاً للمعتزلة الذين يأخذون بمنطق العقل وحده، حتى في الشرعيات، مادام لم يَرِدْ في الشرع ما يخالفه.

جُلُّ ما أقصدُ إليه، أنه إذا كان «العقل» وحده هو الدليل القائم الذي يحكم بالعدم الأصلي، أو «براءة الذمة» من التكاليف، فلا عمل للاستصحاب إذن في هذا المجال بداهةً، لما علمت أن «حقيقة الاستصحاب» إنما يستدل بها، ويعمل بحكمها، حيث لا دليل، أي عند قيام الظن بعدم الدليل، بعد البحث والنظر والتحرِّي عن هذا الدليل المغير، مما يلزم عنه الظن بالبقاء «للتلازم» القائم بين الظن بعدم الدليل، ونشوء الظن

(١) «كشف الأسرار»: (٣/ ١٠٩٧).

بالبقاء، **إعمالاً للدليل السابق السالم عن طروء المغير**، ولكن ما نحن فيه، ليس من هذا القبيل، **لأن دليل الأحكام العقلية ـ وهو «العقل» ـ قاضٍ بوجودها واستمرارها معاً، يقيناً لا ظناً، ومباشرة، لا لزوماً، وأصالة لا تبعاً، فكان «الحكم العقليّ» بالعدم الأصلي، أو البراءة الأصلية، أمراً خارجاً عن حقيقة الاستصحاب الأصولي** ـ كما ترى ـ فينبغي بالتالي، أن يكون هذا النوع من الأحكام مستبعداً من أنواع الاستصحاب، وخارجاً عن مجال تطبيقه، وينبغي أيضاً ألا يكون فيه خلاف، تحريراً لمحل النزاع.

وفي هذا المعنى يقول البزدوي، وشارح «أصوله»: «ثم لا خلاف، أن استصحاب (حكم عقلي) وهو كل حكم عرف وجوبه (ثبوته) وامتناعه، وحسنه، وقبحه، بمجرد العقل»[1]، ويقول الإمام الغزالي: «دل العقل على البراءة الأصلية بشرط ألا يرد سمع مغير»[2].

وجاء في «روضة الناظر» لابن قدامة، ما يؤكد هذا المعنى، حيث يقول: «لأن العقل يدل على براءة الذمة حتى يقوم الدليل»[3] أي الناقل عن العدم الأصلي.

٦ ـ الشرع جاء مؤيداً لحكم العقل بالبراءة الأصلية، أو العدم الأصلي عند انتفاء الدليل الشاغل للذمة بالتكاليف.

قلنا، إن «العدم الأصلي» أو «براءة الذمة» حكم عقلي محض، دل العقل عليه ابتداء، ويستمر هذا الحكم بالعدم، باستمرار قيام العقل الذي حكم به، إذ الحكم يستمر بقيام دليله، ولا يتخلّف عنه، حتى يرد دليل من الشرع يغيره، ويقطع استمراره.

غير أن الشرع، جاء مؤيداً لحكم العقل، وذلك في كثير من آي القرآن العظيم، من مثل قوله تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ . . .﴾ [البقرة: ٢٧٥].

---

(١) «كشف الأسرار» لعبد العزيز البخاري: (٣/ ١٠٩٧).

(٢) «المستصفى مع فواتح الرحموت» للغزالي: (١/ ٢٢٢). والمراد بقوله: حتى يرد سمع مغير، أي دليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس، لأن هذين الأخيرين راجعان إلى الأولين.

(٣) «روضة الناظر» شرح الشنقيطي ص١٥٩.

ووجه الاستدلال: أن الآية الكريمة، قد أشار سبب نزولها، إلى أنه لما نزل «تحريم الربا» ساورت الناسَ الخشيةُ من الأموال التي اكتسبوها بالربا قبل التحريم، أي قد خالطتها أموال اكتسبت عن طريق الربا، فتبينت الآية الكريمة، أن ما اكتسبوا من الربا قبل نزول التحريم، فهو على «البراءة الأصلية» حلال لهم، ولا حرج عليهم فيه، وعموم الآية شامِلٌ لهذه الجزئية وغيرها، مما يدخل في معناها العام، إذ خصوص السبب لا يقضي على عموم اللفظ.

وكذلك في مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَىٰهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُم مَّا يَتَّقُونَ﴾ [التوبة: ١١٥]، ووجه الدلالة، أن الآية الكريمة، وإن كانت عامة في لفظها، لكن سبب نزولها خاص، يُلقي الضوء على معناها، ولا يقْصُرُ من عموم حكمها، وهو أن النبي ﷺ لما استغفر لِعَمِّهِ أبي طالب، لأنه مات مشركاً، واستغفر المسلمون لموتاهم من المشركين، وأنزل الله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِلنَّبِيِّ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَن يَسْتَغْفِرُواْ لِلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ١١٣] ندموا على استغفارهم للمشركين، فبينت الآية، أن استغفارهم لهم قبل التحريم، على «البراءة الأصلية» لا مؤاخذة فيه، ولا مأثم، وينبغي ألا يكونوا في حرج منه «حتى يبين لهم ما يتقون» [التوبة: ١١٥] بورود الشرع المغير، وذلك من مثل الاستغفار، بعد ورود الشرع بتحريمه، لا قبله، وفي هذا ـ كما ترى ـ تأكيد للعدم الأصلي[1].

وعلى هذا، فإن استمرار العدم الأصلي، ثابتٌ بمقتضى العقل، لا بالاستصحاب، والعقل قائم، ومستمرٌ قيامُهُ، فيستمر حكمه به، فلا وجه لاستصحاب حكم العقل، فقول الإمام الغزالي: «وإذن فالاستصحاب عبارة عن التمسك بدليل عقلي، أو شرعي. . .»[2] قولٌ فيه نَظَر!! إذ استمرارُ العدم الأصلي، مستمد من العقل أصالةً، وإلّا ما كان حكماً عقلياً، فالعقل هو دليل البقاء أصالةً، وإن كان الشرع جاء مؤيداً له، وهذا النوع من الأحكام لا خلاف في استمراره أيضاً.

(١) «روضة الناظر» لابن قدامة ص١٦٠.

(٢) «المستصفى»: (١/ ٢٢٢ ـ ٢٢٣).

٧ ـ تأييد الشرع لحكم العقل بالبراءة، لا يلغي حقيقة كون العقل هو دليل استمرار العدم الأصلي، أو استدامة الحكم بالبراءة الأصلية، حتى يَرِدَ دليل من الشرع يشغل الذمة بالتكاليف.

وإذا كان الأمر كذلك، فلا يدخل العدم الأصلي في مفهوم الاستصحاب أصلاً، من قبل أن «الاستصحاب» إنما يتحقق، حيث لا دليل غيره يدل على الاستمرار، وهذا يدل عليه العقل، فالدليل قائم، وبتأييد الشرع له، فشرط الاستصحاب لم يتحقق، ولا يوجد الشيء بدون شرطه المعلق عليه وجوده.

وأيضاً، لا وجه لما ادعاه الإمام الغزالي، من استمرار الحكم الشرعي باستمرار «السبب» الذي نصبه الشارع أساساً له، حيث ادّعى أنه نوع من «الاستصحاب» لأننا أشرنا آنفاً أن دليل الاستمرار هو «السبب» الذي أقامه الشارعُ دليلاً وعلّة مؤثرة في استمرار حكمه، فالدليل قائم، والاستصحاب إنما يتحقق مناطه إذا كان الاستمرار أثراً لازماً لدليل الوجود، لا لعلة توجب استمراره، ولا لدليل آخر مستقل يؤثر في بقائه، فوجب التمييز.

وعلى ضوء هذا، يمكنك الحكم على قول الإمام الغزالي، في اعتبار استدامة الحكم باستدامة سببه، نوعاً من الاستصحاب، إذ يقول: «ومن هذا القبيل ـ الاستصحاب ـ الحكم بتكرار اللزوم والوجوب، إذا تكررت أسبابها، كتكرار شهر رمضان، وأوقات الصلوات، ونفقات الأقارب عند تكرر الحاجات، إذا فهم انتصاب هذه «المعاني»أسباباً لهذه الأحكام من أدلة الشارع»[1].

وعلى هذا، فالملك يثبت للمشتري، ويستمر حكمه، بعقد البيع نفسه ـ كما بينا ـ لأن الشارع قد نصَّب هذا العقد، سبباً لثبوت الملك، واستمراره أيضاً، حتى يسع من شهد عقد البيع لهذا الشخص الذي انتقل إليه المِلْك بمقتضى هذا العقد في الماضي، أن يشهد له بالملك في الحاضر، استناداً إلى سببه، لا بالاستصحاب بل يستمر هذا الملك ـ بحكم العقد ـ مستقبلاً أيضاً، ما لم يقم دليلٌ طارئٌ على التغيير، بأن باع المشتري ما اشتراه، وانتقل ملكه إلى غيره، أو وهبه إياه، أو ورثه عنه.

---

(١) «المستصفى مع فواتح الرحموت» للغزالي: (١/ ٢٢٣).

وكذلك تثبت «الزوجية» بعقد الزواج، وتستمر أبداً، بموجب هذا السبب، وهو «العقد» المبرم في الماضي، إلى أن يقوم الدليل على إنهاء عقد الزواج بالطلاق، وكل حكم أقامه الشارع على «سبب» من عقد أو تصرف ـ ولو مادياً ـ إذا فهم أنه أساس تشريع الحكم، بقي واستمر، واستتبع كافّة آثاره، بمقتضى السبب نفسه، لا بالاستصحاب، حتى يظهر الدليل المغير، تجنباً للتخليط بين استمرار الحكم، بمقتضى السبب، واستمراره بحكم الاستصحاب.

هذا، وما يقال في «الحكم المطلق» الذي هو مسبب لسببه، هو مقول أيضاً في «الحكم المؤقت» المقيّد بأجل مسمى في العقد، فإن استمراره ثابت بمقتضى سببه، لأنه ـ كما ذكرنا ـ مسبب لذلك السبب شرعاً، كعقد الإجارة، فإن حكمه يستمر إلى الوقت المحدَّد فيه، وينقطع استمراره عند حلول أجله المسطور في العقد، إذ لا يوجد الشيء بعد انتهاء أجله، وهذا الاستمرار بالسبب المقتضي شرعاً، لا بالاستصحاب.

وما يقال في العقود التي هي أسباب جعلية للأحكام، هو مقول أيضاً في التصرفات من الأفعال المادية، إذا انتصبت شرعاً، أسباباً لأحكام شرعية، فإن إتلاف الزرع على صاحبه عدواناً، وبغير وجه حق مثلاً، ينتصب «سبباً» لشغل ذمة المتلف بالضمان والتعويض، ويستمر شغل هذه الذمة شرعاً بالضمان، حتى يؤدِّي المتلِفُ تعويضَ ما أتلفَ لصاحب المال المُتلَف أو يبرئه هذا من التعويض، وهذا الاستمرار بالسبب لا بالاستصحاب، وهو أمر لا خلاف فيه بين الفقهاء.

٨ ـ الإمام البزدوي يقع في التناقض، إذ تراهُ يعتبر استمرارُ الحكم المبني على سبب استصحاباً، وتارة يعتبر استمراره بمقتضى السبب الذي بني عليه تشريعه بالاستصحاب.

يشير إلى هذا التناقض، شارح أصول البزدوي حيث يقول: «ثم الشيخ ـ رحمه الله ـ ذكر في باب النسخ، أن الشراء ـ عقد البيع ـ يثبت به الملك، دون البقاء، وذكر ههنا ـ أي في بحث الاستصحاب ـ أن الثبات بالشراء مِلْكٌ مؤبّد، وهذا يقتضي أن الشراء يوجب البقاء، كما يثبت أصل الملك، وهذا يتراءى تناقضاً»[1].

---

(١) «كشف الأسرار»: (٣/ ١١٠٢).

وحاول الشارح أن يؤول هذين القولين، بما يرفع هذا التناقض الظاهر، ولكنه لم يفلح[1].

ولا ريب، أن قوله: «الشراء يوجب البقاء، كما يثبت أصل الملك» صريح في أن استمرار الحكم بحكم السبب الذي هو الشراء، فهو دليله، وليس الاستصحاب، وهذا لا خلاف فيه.

نخلص من هذا، إلى أنه ينبغي «تحرير محل النزاع» في الاستصحاب، لنستبعد ما ليس منه، مما لا يتحقَّق فيه مناطه، لا صورةً، ولا معنىً، ثم نعمد بعد ذلك إلى ما أورد الأصوليون من أنواع الاستصحاب، لنُبيِّن حقيقتها على ضوء من مفهوم الاستصحاب الحق، ثم نستعرض بعد ذلك، آراء الأصوليين في «مدى حجيته»، وأدلتهم، لمناقشتها، وصولاً إلى «الحقيقة العلمية» التي هي ثمرة البحث والاستدلال الأصولي.

٩ ـ **أنواع الاستصحاب عند الأصوليين**: إن الأصوليين قد أوردوا في مصنفاتهم أنواعاً من الاستصحاب، قد اعتبروها متحققاً فيها مناطه، وأشرنا آنفاً إلى أن بعضاً من هذه الأنواع، لا يندرج في مفهوم الاستصحاب أصلاً، فضلاً عن عدم توفر شرطه فيها، وأقمنا الأدلة على أنها ثابتة ومستمرة بأدلة أخرى، ليس منها الاستصحاب.

وتفصيلاً للبحث، نتناول هذه «**الأنواع**» التي أوردها الأصوليون على أنها من «الاستصحاب» فنتناولها بالبحث والنقد والتوجيه، لنبقي منها ما هو منه حقيقة، لتحقق مناطه وشرطه فيه، ونستبعد ما دون ذلك، توصُّلاً إلى «تحرير محل النزاع» وحصر الآراء في مدى «حجية الاستصحاب» فيه، لنبين «منشأ الخلاف» وترجيح ما نراه أقوى دليلاً، وأدنى إلى تحقيق «العدل» بين الناس، بإيصال الحقوق إلى أربابها، ورعاية كافة مصالحهم، ورفع الحرج عنهم[2]. هذا ويرى الإمام السرخسي، أن أنواع

---

(١) المرجع السابق.

(٢) راجع في أنواع الاستصحاب: «أصول السرخسي» (٢/ ٢٢٤ ـ ٢٢٥)، و«كشف الأسرار على أصول البزدوي»: (٣/ ١٠٩٧ وما يليها).

الاستصحاب تنقسم أربعة أقسام، حيث يقول: «ثم استصحاب الحال، ينقسم أربعة أقسام:

أحدها: استصحاب حكم الحال مع العلم يقيناً، بانعدام الدليل المغير، وذلك بطريق «الخبر» عمن ينزل عليه الوحي، أو بطريق «الحس» فيما يعرف به[1]، وهذا صحيح، قد علمنا الاستدلال به، في قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا...﴾ [الأنعام: ١٤٥].

وأرى أن هذا القسم ليس من الاستصحاب في شيء، من قِبَلِ أن بقاء الحكم واستمراره، ثابت بالدليل اليقيني، لازماً للدليل اليقيني بالعلم بعدم المغير، لخبر من الوحي، أو بطريق الحس فيما يعرف به، فدليل البقاء ـ كما ترى ـ قائم يقيناً، مما لا ينبغي أن يكون فيه خلاف، غير أن هذا ليس مما نحن بصدد البحث فيه، لأنا حدّدنا «حقيقة الاستصحاب» آنفاً، بأنه استدلال بمظنون البقاء، لازماً للظن بعدم الدليل المغير، بعد بحث المجتهد عنه، ولم يظفر به، وكلاهما ظنٌّ استتبع ظناً، مما لا أثر فيه لليقين.

هذا، وقد أشار الإمام السرخسي، إلى أن بقاء الحكم ـ في مثل هذه الحال ـ «معلوم ضرورة» أي بداهةً، بالدليل اليقيني، حيث يقول: «لأنه لما عُلِمَ يقيناً بانعدام المغير»، وقد كان الحكم ثابتاً بدليل في الماضي، وبقاؤه يستغني عن الدليل، فقد علم بقاؤه ضرورة»[2] أي بداهةً.

وأما النوع الثاني: فهو استصحاب حكم الحال بعدم دليل مغير ثابت بطريق النظر والاجتهاد بقدر الوسع ـ أي ظناً ـ وهذا يصلح لإبلاء العذر[3]، وللدفع، ولا يصلح للاحتجاج به على الغير»[4].

---

(١) «أصول السرخسي»: (٢/ ٢٢٤).

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق ص٢٢٤ ـ ٢٢٥ وقوله: لا بلاء العذر، أي لم يعد في وسعه أن يبذل من الطاقة العلمية أكثر مما بذل، ولم يجد، فلم يكن مقصراً، وكفى بذلك عذراً.

(٤) المرجع السابق.

هذا النوع من «الحكم المطلق» الذي لم يقم دليل مستقل يدل على بقائه واستمراره، ولا على زواله، ولا على تأبيده بالنص أو استمراره، مقتضى للسبب، كما لم يقم الدليل القاطع الذي يفيد اليقين أو العلم القطعي، بعدم المغير، أقول هذا هو «محل النزاع» في الاستصحاب الذي وقع الخلاف في «مدى حجيته» على ما سيأتي تفصيل القول فيه[١]، من أنه استصحاب لحكم الحال ظناً، بناء على ثبوتها في الماضي، يدلك على هذا، قول صاحب كتاب «كشف الأسرار»: «فأما إذا كان الحكم ثابتاً بدليل مطلق، غير متعرض للزوال، وقد طلب المجتهد الدليل المزيل، بقدر وسعه، ولم يظهر، فقد اختلف فيه»[٢]. أي في مدى حجيته في نظر الأصوليين.

النوع الثالث: استصحاب حكم الحال، قبل التأمل والاجتهاد في طلب الدليل المغير.

وهذا النوع ليس من الاستصحاب الذي هو «محل البحث» لفقدان شرطه، ولا يوجد الشيء بدون شرطه المتوقف عليه وجوده، في أنه لا يستصحب.

هذا، وقد علمت أن شرطه، وجوب أن يبحث المجتهد عن الدليل المغير، قدر وسعه، ولم يظفر به، فيحصل لديه ـ نتيجة لذلك ـ الظن بعدم الدليل المزيل. وقبل ذلك يكون جاهلاً، والجهل هنا بتقصير منه[٣]، فلا يكون جهله حجة ملزمة لغيره، ولا حجة في حق نفسه، لصيانة حقوقه، بل ولا عذراً، لأن بقاءه لم يُعلَمْ يقيناً ولا ظناً.

وبيان ذلك: أن الجهل بالمغير، للتقصير في البحث والاجتهاد، لا يحصل معه ظن بعدم هذا الدليل، فلا يحصل بالتالي «ظن بالبقاء» وحيث لا ظن بالبقاء، فلا استصحاب أصلاً، لأن «ظن البقاء» هو جوهر الاستصحاب ـ كما بيّنا ـ وحيث انتفى هذا الظن، انتفى الدليل، فيكون الاستدلال بالاستصحاب في مثل هذه الحال، استدلالاً بلا دليل، وهذا باطل لا يقول به أحد.

---

(١) راجع: «كشف الأسرار»: (٣/ ١١٠٠).

(٢) «أصول السرخسي»: (٢/ ٢٢٥).

(٣) المرجع السابق.

النوع الرابع: «استصحاب الحال، لإثبات الحكم ابتداء، وهو خطأ محض»، لأن الاستصحاب هو التمسك بالحكم الذي كان ثابتاً إلى أن يقوم الدليل المزيل دون إنشاء حكم جديد، وفي إثبات الحكم ابتداء، لا يوجد هذا المعنى، ولا عمل لاستصحاب الحال فيه صورة ولا معنى(١). هذا في نظر السرخسي، واجتهاد مُتأخرِّي الحنفية، وستأتي مناقشة هذا الاجتهاد.

وتفسير ذلك: أن هذا النوع الذي يُدّعَى أنه من الاستصحاب، يثبت حكماً جديداً، وحقوقاً مبتدأة للمستصحب المستدل به، أي ينشئ لصالحه حقوقاً على الغير، لم تكن ثابتة له من قبل، على سبيل الإلزام، وهذا معنى قوله: «ابتداءً» فهو إذن حجة ـ عند القائلين به ـ للإثبات، والاستحقاق، وإلزام الغير، بما لم يكن ثابتاً للمستصحب من قبل، وهذا ما لا يقول به السرخسي، خلافاً لغيره، لعدم تحقق معنى الاستصحاب في هذا النوع المدعى أنه منه، بل هو ـ في نظر السرخسي ـ خطأٌ محضٌ، لأن معنى الاستصحاب مقصورٌ عنده على «التمسك بالحكم الذي كان قائماً في الماضي، مستتبعاً آثاره التي كانت قائمةً وثابتةً به في ذلك الزمن، مستصحبةً في الزمن الحاضر، دون أن يقوى على إثبات أحكام مبتدأة لم تكن ثابتة من قبل، لأن هذا المعنى ـ في رأي السرخسي ـ يخالف معنى الاستصحاب محل البحث، إذ لا يتحقَّق فيه مناطُه، لا من قريب ولا من بعيد، فلا يكون التمسُّكُ بهذا النوع حجّةً ملزِمةً للغير في إثبات حقوق أو أحكام مبتدأة للمستدل به، لم تكن ثابتة له من قبل، وإنما يكون الاستصحاب ـ في نظره ـ حجّةً مقصورةً على إبقاء ما كان على ما كان، ودفع من يدعي تغيير الحال، حتى يأتي بالدليل المغير، فلا يصلح في إثبات أو إحداث أمْرٍ لم يكن، ومثاله التوضيحي: «المفقود الذي غاب، ولا يُدرى مكانه، ولا يُعرف أحيٌّ هو أم ميّت، لانقطاع أخباره، وكانت حياته معلومة عند غيابه وقبل فقده، يقيناً، فتستصحب حياته هذه التي كانت قائمةً في الماضي، تستصحب إلى الوقت الحاضر، ويعتبر ـ استصحاباً لهذه الحال ـ أنه حي، لغلبة الظن ببقائه، ويكون استصحاب هذه

(١) المرجع السابق.

الحال حجّةً في إبقاء ما كان على ما كان، للمحافظة على حقوقه التي كانت ثابتة له عند فقده، وصيانتها فقط، فلا يورَث بادعاء أنه مفقود، ولا تُطلَّقُ منه زوجته، إذا ما طلبت طلاقها لغيبته وفقده، إذ لم نقطع بموته مع الظن بالبقاء، بل تحفظ له حقوقه في أمواله، كما تحفظ حقوقه الزوجية، للاحتمال القوي في استمرار حياته، إلى أن يُستَبْيَن أمرُه، إما بالعلم اليقيني بموته حساً، أو بحكم القضاء بأنه مات اعتباراً.

غير أنه لا يكتسب أثناء فقده ـ وباستصحاب هذه الحال ـ حقوقاً جديدة لم تكن ثابتة له من قبل، فلو مات أحد أقاربه خلال فترة فقده، لا يرثه هذا الغائب المفقود، لأن الإرث ينشئ له حقوقاً مبتدأة لم تكن ثابتة له عند غيابه وفقده.

والاستصحاب ـ بما هو ظن البقاء ـ لا يصلح حجّةً قاطعةً لتوريثه، إذ من شروط الإرث، تحقق حياة الوارث عند موت المورث، وهذا مظنون الحياة والبقاء، فلم يتحقق إذن شرط إرثه من غيره ليكتسب حقوقاً جديدة مبتدأة، ولا يوجد الشيء بدون شرطه المتوقف عليه وجوده، وظن بقائه يصلح حجّةً لحفظ حقوقه وأمواله التي كانت قائمة وقت غيابه وفقده، لا لإكسابه حقوقاً مبتدأة جديدة لم تكن ـ أي لإبقاء ما كان على ما كان ـ وهذا معنى قول الإمام السرخسي، ومتأخري الحنفية، من أن الاستصحاب ليس حجّةً مطلقةً، بل هو حجة للدفع لا للاستحقاق والإثبات، أي لدفع دعاوى الخصم التي يدّعي فيها حقوقاً على المفقود، صوناً لحقوقه، لا لإكساب المفقود حقوقاً جديدة لم تكن، لأن هذا تغييرٌ للحال، والاستصحاب ليس حجّةً قاطعةً ومطلقةً، تصلح للتغيير، ولا لإثبات أمر لم يكن، بل يقوم ـ كما علمت ـ على «ظن البقاء» وفي هذا المعنى يقول الإمام السرخسي: «وقد بيّنا في مسألة (المفقود) أن الحياة المعلومة باستصحاب الحال، يكون في إبقاء ملكه في ماله على ما كان، ولا يكون حجة في إثبات المِلْكِ له ابتداءً في مال قريبه، إذا مات»[1]، أي لا يصلح حجّةً لإثبات أمرٍ لم يكن.

---

(١) المرجع السابق: (٢/ ٢٢٥)، وهذا ما أشار إليه الشوكاني من أنه رأي متأخري الحنفية من أنه حجة لإبقاء ما كان على ما كان، لا لإثبات أمر لم يكن. «إرشاد الفحول» ص٢٣٧.

وعلى هذا، فالمفقود لا يَرِث، ولا يُورث، في رأي الإمام السرخسي ومن وافقه.

والحق، أن هذا النوع من الاستصحاب، يطلِقُ عليه الأصوليون استصحابَ «الوصف» فالحياة بالنسبة إلى المفقود «وصفٌ» وقد كانت ثابتة له يقيناً عند غيابه، فتستمر ثابتة له ظناً، حتى يقوم الدليل على موته، لأن الحياة هي الأصل.

وكذلك «وصف الماء بالطهارة» مثلاً، فإن هذا الوصف للماء، هو الأصل، لا طعم له ولا رائحة، حتى إذا قام هذا الدليل الطارئ المغير، انتقض الأصل به، أي نقض وصف الطهارة، وثبت له وصفٌ استثنائيٌّ آخر بالدليل المؤثر الجديد، فكان خلاف الأصل. وإذا توضأ شخصٌ مثلاً، فقد اتصف بصفة الطهارة الطارئة يقيناً، فيستمر هذا الوصف ثابتاً له، حتى يقوم الدليل على نقيضه، فلو تردد أو شك، فالأصل الطهارة، ويستصحب هذا «الوصف» حتى يقع في الظن ـ لا الشك ـ تغيره، وانتقاضه، إذ الشك ـ كما علمت ـ لا يقوى على نقض اليقين، أو الظن الغالب، إذ لا ينقض الأقوى بالأضعف، بداهةً.

وعلى هذا، فالصفة، سواء أكانت أصلية ـ كصفة الحياة بالنسبة إلى المفقود، أو طارئة ـ كصفة «الطهارة» بالنسبة إلى المتوضئ ـ فإنها تستصحب وتستمر، وحكمها لازم مرافق لها في هذا الاستمرار، وتترتب عليه آثاره ـ على الخلاف الذي أشرنا بالنسبة إلى المفقود ـ حتى يثبت نقيضه.

فتلخص، أن الأصل في حياة المفقود، هو «ظن البقاء» بمعنى، ظن استمرارها له استصحاباً، لا يقين الحياة، أو يقين استمرارها، والظن ـ في هذا المقام ـ يصلح ـ عند متأخري الحنفية ـ حجة في دفع الدعاوى عنه، لحفظ حقوقه، مادام لم يستبن أمره على وجه القطع واليقين، ولا يصلح ـ عندهم ـ حجةً لإثبات حقوق جديدة لم تكن ثابتة له من قبل، أي عند غيابه وفقده، على ما بينا من رأي الإمام السرخسي على وجه الخصوص، ومتأخري الحنفية، لذا استقر في أصولهم، أن «الاستصحاب حجة في الدفع، لا في الإثبات» أي لإبقاء ما كان على ما كان، خلافاً للشافعية الذين يذهبون إلى أن «حجة مطلقة» في الدفع والإثبات معاً، على ما سيأتي بحثه، ومناقشته في مقام «حجية الاستصحاب».

١٠ ـ المالكية، ووجهة نظرهم في استصحاب «الوصف» من حيث تطبيقُهُ على بعض المسائل، يخالفون جمهور الفقهاء في اجتهادهم في هذا التطبيق نَعْرضه فيما يلي، توضيحاً لهذا النوع من الاستصحاب، وبيان رأي ابن حزم[1] في ذلك، ثم نعقّب على كل أولئك بالمناقشة، والتقويم، لبيان ما هو الأرجح بقوة الدليل.

أشرت آنفاً، إلى أن الخلاف في التطبيق، لا في أصل القاعدة، وهو ما يطلق عليه الأصوليون، اصطلاح «تحقيق المناط» ومع أن المالكية مع متأخري الحنفية في أن الاستصحاب حجة في الدفع فقط، غير أنهم اختلفوا في التطبيق.

هذا، ومن تلك المسائل التي اختلفوا في حكمها، نتيجة لاجتهادهم في تطبيق قواعد الاستصحاب، مع إقرارهم مبدئياً، بحجية تلك القواعد، ما يلي:

أولاً: المتوضئ يقيناً، يثبت له صفة الطهارة، على وجه العلم واليقين ـ كما قدمنا ـ ويستمر له صفة الطهارة هذه في الزمن الآتي، حتى إذا اعتراه شك أو تردد في أنه أحدث، هل يؤثر هذا الشك الطارئ على اليقين السابق، فينقضه؟ أي ينقض اليقين السابق المستصحب؟

أ ـ جمهور الفقهاء، على أن صلاته جائزة، تطبيقاً لقاعدة استصحاب «الوصف» إذ لا يثبت الشك إزاء اليقين، فلا عبرة به، فيكون باطلاً، أو بعبارة أخرى: «لا يزول اليقين بالشك» فهو إذن متوضئ، وصلاته صحيحة، لتحقق شرطها، رغم ما اعترى الشرط من شك في زواله.

ب ـ وخالف في ذلك، الإمام مالك، حيث ذهب إلى أن «صلاته» لا تجوز مع هذا الشك في طهارته، حتى يتوضأ من جديد، وفي هذا ـ كما يخيل إليك بادئ الرأي ـ نقضٌ لقاعدة «استصحاب الوصف» التي مؤداها: أنَّ «اليقين لا يزول بالشك» ولكن عند إمعان النظر، ترى، أنّ الإمام مالكاً قد طبقها هي عينها، ولكن من جانب آخر تحقق فيه اليقين أيضاً، فينبغي أن ننظر إلى هذا الجانب، في نظر الإمام مالك، لأنه

---

(١) «الإحكام في أصول الأحكام»: (٥/ ٥).

أدنى إلى «الاحتياط» في أداء العبادات بوجه خاص، أو الحل والحرمة، في «العلاقة الزوجية» لأنها أقرب إلى «العبادات» أيضاً، والقاعدة واحدة، ولكن وجهة النظر في تطبيقها يختلف باختلاف الجانب الذي ينبغي النظر إليه، وتطبيق القاعدة على أساسه، تحصيلاً للاحتياط والحذر!.

وعلى هذا، فالإمام مالك ـ رحمه الله ـ لم ينكر أصل القاعدة ـ كما ترى ـ بل يراها قاعدة عامة محكمة، شرعاً وعقلاً، تفرض حجيَّتُها وجوبَ العمل بمقتضاها، غير أنه يسلك في التطبيق مسلك الحَذَر والاحتياط، والأخذ بالحزم في الحل والحرمة، بما يبلغ مبلغ التشدد، فهو يرى في هذه المسألة ما يلي:

«أن (اليقين) كما هو ثابت في وصف الطهارة للمتوضئ ابتداء، وملازم له استصحاباً لحالِهِ هذه، حتى يوجد المغيِّر، ولذا تجوز صلاته مع الشك في نقضها، إذ اليقين لا يزول بالشك، تطبيقاً للقاعدة، فإن الإمام مالكاً يرى ـ مع هذا ـ أن ثمة يقيناً من جانب آخر، يعتبر أصلاً أيضاً يجب الاعتداد به وهو أقوى من حيث الاحتياط، ذلكم هو «شغل ذمة المكلف بفريضة الصلاة» فهي ثابتة يقيناً أيضاً، واليقين لا يزول بالشك، حتى إذا شك المتوضئ في نقض طهارته ـ والوضوء شرط في صحة الصلاة ـ فإن يقين شغل ذمة المكلف بها، لا يرتفع ولا يزول بالوضوء المشكوك فيه، ولا تبرأ ذمة المكلّف إلا بطهارة مستيقن بها، تطبيقاً لعين القاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» بناء على أصل اليقين، ولكن من جانب آخر، وهذا أحوط بلا ريب.

إذن، يتجاذب هذه المسألة أصلان أو قل: يقينان: يقين الوضوء والطهارة، مع الشك في زوالها، واليقين لا يزول بالشك، فتجوز الصلاة، وهو رأي الجمهور، ويقين من جانب آخر، وهو «شَغْل ذمة المكلف بالصلاة» وهذا لا يزول بالشك في الطهارة، فتبقى ذمته مشغولة مع هذا الشك، فصلاته لا تُجزئ، ولا تبرأ ذمته، لأن اليقين لا يزول بالشك، ذلك، لأن شغلها بها، استصحاباً، حتى يرد دليل يُفرغ الذمة منها يقيناً أيضاً، ولا يتم ذلك، إلّا بأداء الصلاة على وجهها، بوضوء ثابت يقيناً لا مكان للشّك فيه، إذ الشك في الطهارة، لا يجعل الصلاة معه صحيحة مؤداة على وجه

اليقين، بحيث تكون مجزئة تفرغ الذمة من شغلها بها، لأن شرط الصحة ينبغي أن يكون متيقناً لا شك فيه!

ولهذا، رجح المالكية هذا الأصل الثاني احتياطاً في أداء العبادات، فلم يجيزوا الصلاة مع الشك في الطهارة، لأنها لا تُبرئ الذمة من الفريضة التي شغلتها يقيناً، فقالوا: ينبغي الحَذَرُ والاحتياط، في أداء العبادات، دون أن يلابسها شك، وهذا ما نرجحه!

هذا مثال تطبيقي، اختلفت في حكمه وجهات النظر، أثراً لتطبيق قواعد الاستصحاب عليه، مدعَّماً بالأدلة، كما رأيت، مع العلم أن ليس ثمة من خلاف في أصل تلك القواعد.

هذا، وترى المالكيةَ يستقلُّون في اجتهادهم في تطبيق قواعد الاستصحاب، عن جمهور الفقهاء، لأنهم يرون، أنه قد ينشأ أصل آخر، يعارض الأول، مما يقتضي النظرَ والترجيحَ بالدليل القوي الذي يرفع التعارض الظاهر، فالقاعدة واحدة ـ كما ترى ـ ولا ضعف في حجيتها عند أيٍّ من الفريقين، غير أنه يتعارض هذان الأصلان في تطبيقها، فرجَّح الإمام مالك الأصل الثاني، لأنه أقوى في نظره، من حيث الاحتياط. فالاختلاف في وجه التطبيق، لا في أصل القاعدة، والاجتهاد في التطبيق هذا من أهم مناشئ اختلاف الفقهاء في المسائل والفروع.

مثال ذلك أيضاً في العلاقات الزوجية:

إذا شك من طلق زوجته، في عدد الطلقات، فلم يدر أطلقها ثلاثاً ـ وهو طلاق يرفع أصل الحل ـ أو طلقها واحدة ـ فلا يرفع أصل الحل[1] إذ يجوز له أن يراجعها في العدة، أو يعقد عليها عقداً جديداً.

---

(١) من المعلوم، أن الطلاق الثلاث، تبين معه الزوجة بينونة كبرى، فلا تحل لزوجها المطلق إلّا بعد أن تنكح زوجاً غيره، ويطلقها أو يموت عنها، وتعتد، وبعد انتهاء عدتها، تعود إلى زوجها الأول بعقد جديد ومهر جديد، بخلاف ما إذا طلقها طلقة واحدة، رجعية، أو بائنة بينونة صغرى، إذ يحل له أن يراجعها إلى عصمة نكاحه في الحال الأولى، لأن الطلاق الرجعي، تبقى الزوجة قائمة بعده خلال فترة العدة، فتثبت له الرجعية، دون عقد جديد، ودون رضاها، لأنها مازالت زوجته، بخلاف البائن بينونة =

فالجمهور يرى، أن الطلاق ـ في حالة الشك هذه ـ يقع واحدة فقط، وقال مالك: يقع ثلاثاً.

وتعليل هذا الحكم عند الإمام مالك، جارٍ على مسلكه في «الاحتياط» أي الأخذ بالحَيْطة والحذر، في معالجة مثل هذه المسائل، وذلك على أساس تعارض أصلين، يتجاذبان بحكميهما هذه المسألة، فلا بد من ترجيح أحدهما الذي هو أحوط.

أما الأصل الأول: فهو حل الزوجية الثابت بيقين، قبل إيقاع الطلاق، فيستصحب هذا الأصل، ويستمر حكمه، حتى يرد الدليل الطارئ المغير، أو الدافع لأصل الحل، وهذا ثابت بيقين ـ كما ذكرنا ـ فلا يزول هذا الأصل اليقيني بالشك في عدد الطلقات، فيقع واحدة، وهو رأي الجمهور.

وأما الأصل الثاني: فمؤداه أن الطلاق إذا وقع، ثبت بيقين، غير أنه قد اعترى الشكُّ ثبوتَ الرجعة، والرجعة لا تثبت بالشك، فيقع الطلاق الثلاث، حيث لا رجعة، وهو رأي الإمام مالك، أخذاً بالاحتياط[1].

هذا، والأرجح في نظرنا، رأي الجمهور وتفسير ذلك: أن «الاحتياط» لا يكون في إيقاع الثلاث، بناء على أن «الرجعة» لا تثبت بالشك، لأن ثبوت الرجعة ليس مستمداً من الطلاق، بل هي مستمدة من عقد الزواج نفسه، وهو ثابت بيقين، وإنما الشك في رفعه، ودليل ذلك، أن «الرجعة» إنما هي «استدامة العقد» والعقد قائم يقيناً، ولا يزول اليقين بالشك، فكان الاحتياط ـ كما ترى ـ في عدم إيقاع الثلاث المشكوك فيه، إبقاء للعقد الثابت بيقين، ومنه تستمد الرجعة، ولا يُرْفع اليقين إلّا بيقين مثله، والطلاق الثلاث المشكوك في عدده، ليس أمراً يقينياً بالبداهة، وعليه، فلا يقع، ولا تأثير له على يقين أصل الحل الثابت.

= صغرى، فيجوز أن يراجعها إلى عصمة نكاحه، ولكن بعقد جديد ومهر جديد، وبرضاها، وأيّاً ما كان، فإن الطلاق الرجعي، والبائن بينونة صغرى، لا يرفعان أصل الحل، أما الطلاق الثلاث، فتبين معه الزوجية بينونة كبرى إثْر وقوعه، ولا يملك إرجاعها إلى عصْمةِ نكاحه إلّا بعد أن تتزوج زوجاً غيره، فيرفع هذا الطلاق، أصلَ الحل، كما ترى.

(١) «أصول الفقه» للشيخ محمد أبي زهرة ص٣٠٠ ـ ٣٠١.

هذا، وينكر ابن حزم اجتهادَ المالكية في هذه المسألة، ويبطله، حيث يقول في كتابه الإحكام: «وقال المالكيون. . إنْ أيقن أنه طلقها، ثم شك، أواحدة أو اثنتين، أو ثلاثاً، فهي طالق ثلاثاً. . .»[١]. ويُبطل ابن حزم اجتهاد المالكية هذا بقوله: «فإن قالوا: إن ههنا، هو على يقين من الطلاق، فقلنا نعم، وعلى شك من الزيادة على طلاقها واحدة، والشك باطل»[٢].

هذا، وسنوالي البحث في هذا الموضوع الهام، من حيث وإنه خطة علمية منهجية أصولية، يلتزم المجتهد انتهاجها، ليستمد منها الحلول للوقائع التي تطرأ، محافظة على الحقوق، وإقامة للعدل، وتحقيقاً لمصلحة المكلفين، في التطبيق العملي.

١١ ـ تقدير موقف الأصوليين من اعتبار أنواع أخرى من الاستصحاب وتحليلها ومناقشتها في ضوء علم الأصول وفلسفته:

ذكرت آنفاً، أنّ ثمة أنواعاً أخرى من الاستصحاب، اعتبرها بعض الأصوليين من صلبه، وضربوا لها الأمثلة التطبيقية، واستخدموا من خلال الاستدلال بها أحكاماً لمسائل بحثوها في مُصنفاتهم «على ضوء من مفهوم تلك الأنواع، نتناولها بالبحث والتحليل والمناقشة، لتقديرها ووزنها في ضوء علم الأصول».

أ ـ **النوع الأول: العدم الأصلي، أو براءة العدم الأصلية، وتفسير هذا: أن الأصل براءة الذمة من التكاليف والواجبات كما بينا آنفاً حتى يرد من الشارع دليل يشغلها**، ذلك لأن الذمة خُلقت بريئةً من التكليف حتّى يرد الدليل الشرعي المثبت لشغلها بهذا التكليف، وهو الدليل المغير للعدم الأصلي، أو الناقل للذمة عن براءة العدم الأصلية، وهذا معنى قولهم الأصل العدم، أو الأصل البراءة، أي انتفاء الأحكام التكليفية التي هي منشأ الالتزامات والحقوق، انتفاؤها قبل ورود الشرع، والحق أن هذا الحكم عقلي محض يحكم بالبراءة من التكاليف قبل ورود الشرع، ويستمر هذا الحكم السلبي أو العدمي في الآتي من الزمن حتى يثبت من جهة الشرع ما يغيره.

---

(١) «الإحكام في أصول الأحكام»: (٥/ ٤ ـ ٥).

(٢) المرجع السابق.

وعلى هذا، فلا يعتبر «العدم الأصلي» أو البراءة الأصلية، نوعاً من الاستصحاب على التحقيق، لأن دليل الحكم بالعدم أو البراءة، هو العقل المحض، ودليل استمرار هذا الانتفاء ثابت بالعقل أيضاً، لا بالاستصحاب، لسبب بسيط هو أن العقل حكم بالاستمرار والبقاء حاضراً ومستقبلاً، لأنه قائم في كليهما، والحكم لا يتخلَّف عن دليله ابتداءً وبقاءً حتى يرد الدليل الطارئ المغير الذي يقطع استمرار هذا النفي أو البراءة، وهذا ليس من الاستصحاب بداهةً، لأن الاستصحاب ـ كما علمت ـ إنما يتحقق مناطه ليصح الاستدلال به، حيث لا دليل مستقلاً يقضي بالاستمرار، وما نحن فيه دليله قائم، ومستقل منذ البداية، وهو قائم أيضاً في الحاضر والمستقبل، وإذا استمر قيام العقل استمر حكم العدم أو البراءة ضرورةً، والشرع جاء مؤيِّداً للعقل ابتداءً وبقاءً، في حكمه بالعدم الأصلي أو ابتداء، على الخصوص، وهذا لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في اعتباره نوعاً من الاستصحاب، أو عدم اعتباره.

وبذلك يتبين لك، أن القول بكون العدم الأصلي أو «البراءة الأصلية» نوعاً من الاستصحاب، أمر فيه نظر!!

١٢ ـ العقل لا يملك إثبات الأحكام ابتداءً، لأن دلالته مقصورة على العدم الأصلي، أو البراءة من التكاليف قبل ورود الشرع، ومع ذلك، فإن للعقل مدخلاً دلالياً في تجاوز أصل الإباحة أو الإذن العام، إلى إيجاب أمر يثبت بمقتضى حكم العقل العلمي المتخصص، أن فيه نفعاً كبيراً، وكذلك له حكم بالمنع أيضاً في كل أمر ثبت بمقتضاه، أن فيه ضرراً بيناً، وإن لم يرد في الشرع دليل خاص به من نص أو إجماع أو قياس، لأن فهم نفس الشرع، وروحه العام، يوجب ذلك، مرد هذا فيما نعتقد ـ إلى القواعد العامة في التشريع، ومقاصده الأساسية، كما أسلفنا.

وفي هذا المعنى يقول الإمام الغزالي: «وإذاً النظر في الأحكام الشرعية، إمّا أن يكون في إثباتها، أو في نفيها، أمّا إثباتها (أي تشريعها ابتداءً) فالعقل قاصر عن الدلالة عليه، وأما النفي، فالعقل قد دل عليه، إلى أن يرد الدليل السمعي بالمعنى الناقل من النفي الأصلي، فانتهض دليلاً على أحد الشطرين، وهو النفي».

وفي هذا المعنى، يقول الإمام العزُّ بنُ عبد السَّلام بعد أن تبين أن مصالح الدَّارين وأسبابها، ومفاسدها، لا تعرف إلّا بالشرع، يقول ما نصه: «ومن تتبع مقاصد الشرع، في جلب المصالح، ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك، اعتقاد أو عرفان، بأن هذه المصلحة، لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن في ذلك نص خاص، ولا إجماع، ولا قياس، لأن نفس الشَّرع يوجب ذلك»[1] أي باستلهام روح الشرع، ومعقوله العام، ومقاصده الأساسية، وقواعده الكلية، من قبل العقل العلمي المتخصص، بما نشأ لديه من ملكة مقتدرة، ثمرة لطول المران والتعمق في البحوث.

١٤ ـ الأمثلة التطبيقية لاستمرار العدم الأصلي، أو البراءة الأصلية بحكم العقل:

قلنا إن مفاد هذا الأصل من البراءة، أن الحكم بعدم إيجاب فعل، قبل أمر الشارع به، أو بنفي الحكم الشرعي التكليفي بوجه عام، قبل ورود دليله عن الشارع، يترتب عليه وجوده أو ثبوته، وضرب الإمام الغزالي الأمثال التوضيحية لهذا الأصل حيث يقول: «. . . إذا أوجب ـ الشارع ـ صوم شهر رمضان، بقي صوم شوال على النفي الأصلي» ـ أي بقي منفياً وجوبه بالعقل ـ وإذا أوجب على القادر، بقي العاجز على ما كان عليه «لعدم الدليل على التكليف في حقه، ويحكم العقل بذلك قبل الشرع!! وهذا معناه أن نفي الوجوب عن العاجز، ثبت بالعدم الأصلي عقلاً لا بالدليل الذي أوجب على القادر»[2].

ويستخلص من هذا، أن العقل وحده يستقل بالحكم بانتفاء التكليف، وباستمرار هذا الانتفاء، فكان «العقل» دليلاً عليهما[3]، والعقل قائم فلا محلّ للاستصحاب

---

(١) «قواعد الأحكام» للعز بن عبد السلام: (٨/١)، وهو غير ما قرره الإمام الشاطبي حيث يقول: «فإذا كان الشارع قد شرع الحكم لمصلحة، فهو الواضع لها مصلحة وإلّا فكان يمكن عقلاً ألّا تكون كذلك. «الموافقات»: (٢/ ٣١٥).

(٢) أي ناقل عن العدم الأصلي.

(٣) «شرح روضة الناظر» لابن قدامة، والشارح الشنقيطي ص١٥٩.

أصلاً ـ كما قدمنا ـ وهذا الحكم العقلي بعدم التكليف حجة، واتباعه واجب، بل هو الأصل، ولا خلاف فيه، وقد أيده الشرع، ومن ادعى خلاف هذا الأصل، فعليه بالدليل المغير، غير أن هذا الحكم العقلي بالعدم الأصلي واستمراره ليس نوعاً من الاستصحاب الذي نحن بصدد البحث فيه على التحقيق، لما قدمنا.

١٥ ـ هل الحكم الثابت بالإجماع، أو القياس، محل للاستصحاب؟

أ ـ أما الحكم الثابت بالإجماع، فإنه إذا انعقد على محل ذي صفةٍ ولم تتغير صفته، فإن هذا الحكم يُستصحب، ويبقى مُستمراً بالإجماع، ولا خلاف في ذلك.

ب ـ أمّا إذا تغيرت صفة الْمُجمع عليه، فهو يستصحب حكم الإجماع بعد هذا التغير، أو لا يستصحب؟

اختلف الأصوليون في كون الحكم المُجمع عليه محلاً للاستصحاب إذا انعقد هذا الإجماع ابتداءً على فعل ذي صفة، ثم تغيرت صفته، أثناء أدائه، وقبل إتمامه. وصورة ذلك: أن المتيمم إذا رأى الماء أثناء الصلاة، هل يمضي في صلاته حتى يتمها، وتكون صحيحة، على الرغم من رؤيته الماء أثناء أدائها، استصحاباً لهذا الإجماع الذي انعقد ـ إبان الشروع فيها ـ على صحتها، ودوامها قبل رؤيته الماء، ولا يؤثر على صحتها ودوامها طريانُ وجود الماء أثناءها، فتكون صحيحة لا باطلة، لعدم ورود الدليل الشرعي على حكم هذه الحال من رؤية الماء أثناء أداء الصلاة من قبل المتيمم.

١) قال فريق من الأصوليين، ومنهم الإمام الغزالي، وأبو حنيفة[1]: لا محل للاستصحاب في مثل هذا الإجماع، إذ قالوا: تبطل الصلاة إذا رأى الماء أثناء أدائها، ولا اعتبار للإجماع الذي انعقد على صحتها عند الشروع فيها، قبل رؤية الماء، إذ لا يستلزم هذا الإجماع دوام انعقاده وحكمه بعد رؤية الماء، فهو مُنعقد ـ كما يقول الإمام الغزالي ـ في حال عدم وجود الماء، لا في حال وجوده، إذ بوجود الماء، يرتفع

(١) «المستصفى» للغزالي: (١/ ٢٢٤).

الإجماع، لتغير الحال، ويصبح كأن لم يكن[١]، ولا استصحاب يتصور لإجماع غير موجود!! فينبغي أن يتوضأ من جديد ويستأنف الصلاة للاستصحاب، كما ترى، خلافاً للفريق الأول، فالخلاف في التطبيق، ولا خلاف في أصول القواعد، ونحن نرى أن الرأي الأول، أقوى دليلاً إذ سنن الشرع جارٍ على تغير الحكم، إذا تغيرت الصفة المؤثرة في محله. ولا شك أن الإجماع إذا انعقد على فعل أنه صحيح، في حال قيام صفة مؤثرة فيه، فإنه يرتفع إذا تغير الحال، أو الصفة، فحال وجود الماء، غير حال فقدانها، ولكل حكم في الصلاة، والتيمم ترخيص في حال الضرورة، ولا ضرورة عند وجوده، سواء أكان عند الشروع في الفعل، أم أثناءه لوحدة السبب.

هذا، ولا يقال إن الإجماع مجرد أمارة على وجود الدليل أو المستند، فلا يلزم من ارتفاع الإجماع، ارتفاع دليله أو مستنده، لأنّا نقول: إنّ الإجماع إذا انعقد، كان هو الدليل، ولا يبحث عن مستنده، لأنه يقوم مقامه إلّا إذا تبين أن أساسه أو مستنده، مصلحة زمنية متغيرة، فيتغير الإجماع بتغير أساسه أو مستنده الذي قام عليه، إذ لكل مصلحة حكمُها الذي يقتضيه، ولكن ما نحن فيه، أمر تعبدي خالص، وهو «الصلاة» وليس مصلحة دنيويةً متغيرةً، فلا صحة لقول من يدعي، أن الإجماع أمارة على المستند، حتى إذا ارتفع الإجماع، بقي المستند. أقول: لا يصح هذا القول، من قِبَلِ أن عصمة الأمة منوطة بإجماعها، وأنها لا تُجمع على ضلالة، فالحجة منوطة بذات الإجماع، لا بمستنده كما ترى، على أن «المستند» أو الدليل الذي ينهض عليه الإجماع، منوط حكمه بالأوصاف، أو العلل أو الأسباب المؤثرة في اقتضاء الأحكام، فَحَيثُمَا وُجِدَ الوصف، أو العلة، أو السبب، وجد الحكم، سواء انعقد عليه إجماع أم لم ينعقد، حتى إذا انعقد، كان الإجماع لذاته هو الحجة، وليس هو مجرد أمارة، كما يدعى!!

وعلى هذا، يترجح لدينا، أن الإجماع على حال، يرتفع إذا تغيرت هذه الحال على النحو الذي بينا، فلا يكون الإجماع على محل فيه خلاف، محلاً للاستصحاب.

---

(١) «المستصفى مع فواتح الرحموت»: (١/ ٢٢٤).

١٦ ـ الحكم الثابت عن طريق القياس، في الفرع المقيس، ليس محلاً للاستصحاب في ذاته، لأن الفرع تبع للأصل، فإذا كان أصله محلاً للاستصحاب، كان الفرع محلاً له تبعاً لذلك، وإلّا فلا. وعلى هذا، فإذا كان حكم الأصل باقياً مستمراً بالاستصحاب، وغير منسوخ، أخذ الفرع حكمه، والعكس صحيح.

يرشدك إلى هذا، أن حكم الأصل إذا لم يكن باقياً ومستمراً العمل به، بأن كان منسوخاً، لم يكن محلاً للاستصحاب، فكذلك حكم الفرع المقيس، لأنه يستمد حكم استمراره أو انقطاعه، من حكم أصله.

على أنه إذا كان حكم الأصل منسوخاً، لم يكن محلاً للقياس أصلاً، فضلاً عن عدم جواز استصحابه، فلا يتعدى حكمه إلى الفرع بداهة، فالفرع ينتفي بانتفاء أصله، هذا ومعلوم أن شرط «صحة القياس» بالنسبة إلى حكم الأصل، ألا يكون منسوخاً، لأن النسخ يبين انتهاء أمد العمل بالحكم، حتى إذا انتهى أمد العمل بالحكم الأصلي، وألغي، كان هذا الإلغاء واجباً بالنسبة إلى الفرع من باب أولى.

١٧ ـ مدى حجية الاستصحاب عند الأصوليين:

قبل البحث في «حجية الاستصحاب» باعتباره خطة منهجية، يلتزمها المجتهد في استخلاصه للأحكام، حين يعوز الدليل، للوقائع المستجدة، من نص (في الكتاب أو السنة) أو إجماع، أو قياس، ولاسيما إذا كان المجتهد، لا يأخذ بالقياس، أو المصالح المرسلة، أو الاستحسان، أو سد الذرائع، فإنه يضطر حينئذ إلى اللجوء إلى «الاستصحاب» بأنواعه التي قدمنا، بل تراه يُكثر من العمل بالاستصحاب، لعدم أخذه بالمصادر التشريعية التبعية التي ذكرنا. أقول: قبل البحث في حجية الاستصحاب، نود أن نتطرق إلى ضرب من مسالك الفقهاء في تطبيقهم لقواعد الاستصحاب، ووجوه الاختلاف في هذه المنطلقات، على ما سيأتي بيانه:

١٨ ـ موقف ابن حزم[1] من مسلك «المالكية» في تطبيقهم لقواعد الاستصحاب

(١) «الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم: (٥/ ٤ ـ ٥)، و«أصول الفقه» للشيخ محمد أبي زهرة ص٣٠٢.

على الوقائع والحالات المعروضة، حيث يذهبون ـ كما علمت ـ إلى تغليب جانب الحَيْطة والحَذَر في الحكم باستصحاب الحال، فتراهم أحياناً، يصيبون شاكلةَ الرَّمي، وأخرى يجافون غاية ما حرصوا عليه من الاحتياط، ونستعرض فيما يلي ما صدر عن ابن حزم من نقد لمثل هذا المسلك، وما يترتب عليه من لوازم ينكرها الشرع، وتقديرنا لهذا الموقف أصولياً، كما ذكرنا آنفاً، أن المالكية يطبقون قواعد الاستصحاب المتفق عليها، على وجه يكفل الاحتياط ما أمكن، من حيث الحِلُّ والحرمةُ ـ في نظرهم ـ فتراهم ـ على سبيل المثال ـ يحكمون على من طلق إحدى امرأتيه، وشك فيمن طلقها، يحكمون بطلاق الاثنتين معاً، ويعللون ذلك، بأنه «الأحوط»، إذ لا مراء أن أصل الطلاق، ثابتٌ في هذه الحال، إذ كان واقعاً يقينياً، لكنه وقع على إحدى امرأتيه، لا على التعيين، للشك فيمن طلقها ـ كما ذكرنا ـ فتطلق كلتاهما ـ في اجتهادهم ـ استصحاباً لحكم الطلاق الذي وقع بيقين، واليقين أصل، فكان منطلقاً للاستصحاب لحكم الطلاق، فيقع عليهما احتياطاً.

ووجه الاحتياط: أنه لو عين إحداهما، واختارها على أنها هي التي وقع الطلاق عليها، لاحتمل وقوعه في الحرام مآلاً، من قبل أنه من المحتمل، أن هذه التي أبقاها في عصمته، هي التي أوقع الطلاق عليها في الواقع، ونفسِ الأمر، ما دام شاكاً غير مستيقن من إيقاع الطلاق عليها بعينها، وإذا كان هذا الاحتمال قائماً، فإنَّ الطلاق يُنهي العلاقة الزوجية، وآثارها، فيقع حينئذ في حرمة معاشرتها.

هذا، ويلزم عن ذلك أيضاً، أن يحل زوجته الأخرى ـ ما دام قد اختارها لوقوع الطلاق عليها، والتي ربما لم يقع عليها الطلاق في حقيقة الأمر، ولا تزال في عصمته ـ أن يحلها لغيره ليتزوج بها، فيكون قد أحل يقين الحرام في الأولى، كما حرم يقين الحلال في الثانية، فخروجاً من محنة هذا الحرام المضاعف، قال المالكية: يجب الأخذ بالحذر والاحتياط، تجنيباً للمكلف من الوقوع في هذه المحاذير، إبّان تطبيق قواعد الاستصحاب في مثل هذه الحال، والاحتياط إنما يكون في تحديد «المنطلق اليقيني» الذي يتحتم الانطلاق منه في التطبيق، لما يترتب على عدم الحَيطة أو التبصُّر

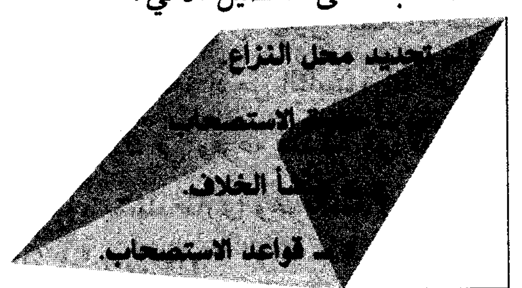
في تحديد هذا المنطلق من الإفضاء إلى النتائج أو المآلات المحرّمة، وهذا ليس من الاجتهاد بالرأي في التطبيق في شيء!! لأنه خطأ محض، بل حرامٌ بيِّن، لأن ما يؤدِّي إلى الحرام، هو في معنى الحرام قطعاً، إذ الوسيلة تأخذ حكمَ غايتها، ذلكم هو اجتهاد المالكية في تطبيق قواعد الاستصحاب على الحالات المستجدة المعروضة بوجه عام، بشرط وجود الدقة في تحديد «المنطلق اليقيني» لهذا التطبيق، على نحو يكفل الاحتياط من حيث مآله.

ونبيِّن ـ فيما يلي ـ هذا المسلك في تحديد «المنطلق اليقيني» في مسألتنا هذه على الخصوص، ومقارنته بمسلك الجمهور الذين تخيّروا منطلقاً يقينياً آخر في قواعد الاستصحاب هذا، واختلافهم في تحديد هذا «المنطلق» مما يؤدي إلى اختلافهم في مآلات هذا التطبيق ونتائجه حتماً، في حين أن «القواعد» واحدة، وحجيتها، ووجوب العمل بمقتضاها، متفق عليهما، وبيان ذلك: ينطلق المالكيون من يقين ثبوت الطلاق ـ كما رأيت ـ باعتبار أن الزوج قد أوقعه يقيناً، وهذا لا شك فيه، فيكون أصل الطلاق إذن واقعاً بيقين، واليقين أصل، فيستمر حكمُهُ استصحاباً، يشمل المرأتين، إذ ليس ثمة من سبيل لتعيين إحداهما، مادام الزَّوْجُ شاكّاً فيمن وقع عليها الطلاق، واليقين لا يزول بالشك، وهذه هي قاعدة الاستصحاب، واحتياطاً من الوقوع في الحرام على النحو الذي فَصَّلنا.

ويذهب الجمهور، فيعتمدون «يقين الزوجية» بدلاً من «يقين الطلاق» منطلقاً أساسياً، لتطبيق قواعد الاستصحاب، في هذه المسألة، إذْ من الثابت، أنَّ «الزوجية» قائمةٌ بيقين بالنسبة إلى كل منهما، والطلاق مشكوك في وقوعه بالنسبة إلى كلٍّ منهما، كذلك، فلا يزول يقين ثابت، وهو الزوجية، بشك طارئ وهو الطلاق، إذ تقضي القاعدة أنه «لا يزول اليقين بالشك فلا تَطْلُقُ أيٌّ منهما»!!

وعلى هذا، فثمة يقينان: يقين قيام «الزوجية» الثابتة بالنسبة إلى كل من الزوجين، قبل إيقاع الطلاق، ويقين آخر: هو وقوع الطلاق يقيناً أيضاً، ولكن لا على التعيين، فانطلق الجمهور من اليقين أو الأصل الأول، في حين أن المالكية انطلقوا من الثاني،

وكلاهما يقيني. هذا، وترى ابن حزم الظاهري، يُوجِّه النقد إلى «المالكية» مشيراً إلى ما يترتب على مسلكهم هذا من الوقوع في مِحْنَةِ الحرام المضاعف ـ كما بيّنا ـ من حيث إنهم رأوا باجتهادهم، أنّ في هذا المسلك احتياطاً ينبغي الأخذ به، ولكن آل الأمرُ بهم إلى عكس ذلك تماماً، حيث يقول: وكذلك ليس من نسائه امرأة يوقَن أنه طلّقها، فقد دخلتم فيما أنكرناه على المخالفين، من نقل الحكم بالظنون، بل وقعوا في الباطل المُتَيَقَّن، وتحريم يقين الحلال في باقي نسائه اللواتي لم يطلقهن بلا شك، وفي تحليل الحرام المتيقن، إذْ أباحوا الفروج اللواتي لم تُطَلَّقْ، للناس[1]. ولا جرم أن هذا النقد متجِّه ووارد على المالكية، حيث وقعوا في محاذير من المحرمات، فجانبوا الأخذُ بالاحتياط، من حيث إنهم حَرَصُوا أشدَّ الحرص على الالتزام به، فكان اجتهاد الجمهور ـ في هذه المسألة ـ أَسَدَّ منطقاً، وأقوَمَ مسلكاً، وأسلمَ مآلاً، وأصوبَ حكماً، وأجدر احتياطاً. بعد هذا، نتناول البحث في الأمور الآتية، لأهميتها البالغة، لتوقف اعتبار «الاستصحاب طريقاً أو سَنَناً في التشريع الاجتهادي» عليها. ومن ذلك: البحث في «مدى حجية الاستصحاب» واختلاف الأصوليين فيها، وما استندوا إليه من أدلة، لنستخلص من ذلك «منشأ الخلاف» في «حجيته» ولنتمكن ـ في ضوئه ـ من المناقشة، والموازنة، والترجيح، وذلك بعد تحرير «محلِّ النزاع» لما علمتَ، أن أنواعاً من الأحكام، لا محلَّ للاستصحاب فيها، ثم نقفِّي على ذلك كله، ببيان «قواعد الاستصحاب» على التفصيل الآتي:



(١) «الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم: (٥/ ٥).

تحديد محلِّ النزاع في حجِّية الاستصحاب:

بعد أن تبيَّن لنا آنفاً، أن أنواعاً من الأحكام ليست محلاً للاستصحاب، إذ لا يتحقق فيها مناطُهُ، أو شرطُه، يمكننا أن نحدِّد النوع الذي هو محلٌّ له، لنعرض وجوه الخلاف فيه حصراً، ثم نتطرق بعدئذ إلى أولئك الذين ينكرون حجيته أصلاً، فنقول:

أ ـ إن الحكم إذا نصّ على تأبيده أو توقيته يستمر أبداً بالنص، أو إلى الأجل المسمى، فيستمر إلى أجله، ولا محل للاستصحاب في مثل هذا الحكم، كما قدّمنا، ولا خلاف في ذلك.

ب ـ وكذلك الحكم الذي أقامه الشارع على سبب، فإن استمراره هو مقتضى السبب لا بالاستدلال بالاستصحاب، بلا خلاف أيضاً.

ج ـ وأما الحكم الذي قام الدليلُ على ثبوته في الماضي، وهو مطلق، أي لم يُتعرض لبقائه، ولا لزواله، ولكن المجتهد لم يبحث عما إذا ورد من الشارع دليلٌ مغيِّر تقصيراً منه، فلا خلاف بين الفقهاء، أنه ليس محلاً للاستصحاب، لفقدان شرطه.

د ـ كل حكم ثابت بالعدم الأصلي أو بالبراءة الأصلية، مما يحكم العقل بفراغ الذمة من التكاليف، قبل ورود الشرع، يستمر هذا الحكم في المستقبل حتى يَرِدَ من الشارع ما يغيِّرُه، أي ينقله عن العدم الأصلي، فاستمراره بحكم العقل، والشرع جاء مؤيداً له، ولا حاجة إلى الاستصحاب، لأن الاستصحاب إنما يُستدَل به حيث لا دليل مستقلاً على الاستمرار أو الزوال، وهذا دليله قائم وهو العقل، وهذا بالاتفاق وإن جاء الشارع مؤيداً له ـ كما ذكرنا ـ ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ...﴾ [الأنعام: ١٤٥] إلا أن يدل بمفهوم الحصر على عدم حرمة ما سوى المنصوص عليه، بل يدل على أن «عدم الوجدان» كافٍ في نفي مطْلَق التحريم، ودليل عليه، ونفيُ مُطلقِ التحريم هو الإباحة الأصلية.

هذا، ويرى بعض الفقهاء، أن في الآية الكريمة إشعاراً بأن إباحة الأشياء،

مركوزةٌ في العقل قبل الشرع، وهذا هو الراجح، لأنها في مقام الاستدلال على أصل الحِلِّ العام، بعدم الوجدان للتحريم إلّا للأشياء التي بيَّنتْها ونصَّتْ عليها، ولا يتسع المقام لسرد الآيات الأخرى التي تؤكد هذا الأصل[١].

ت ـ كل حكم ثابتٌ وجوده واستمراره معاً، لا بدليل خاص به بعينه، بل بمقتضى «أصل الحِلِّ العام» أو «الإباحة الأصلية» ما دام لم يردْ من الشارع، دليلٌ يحرمه بذاته، أو يوجبه، فإن مثل هذا الحكم مما اتفق الشرع والعقل على استمراره، ولا حاجة إلى الاستصحاب أيضاً، ولا نزاع في ذلك.

غير أن العقل العلمي المتخصِّص، إذا أدرك في شيء نفعاً كثيراً لا يجوز إهداره، أو رأي في فعل أو إجراء ضرراً بيِّناً، كان بوسع العقل أن يقرر في الحالة الأولى، حكم الوجوب لا الإباحة فحسب واستمرار هذا الوجوب، في الحالة الأولى، وأن يقرر المنع دون الإباحة واستمرار هذا المنع في الحالة الثانية، وإن لم يرد في ذلك نصٌّ خاص بالوجوب، أو المنع لأنَّ: «نفس الشرع ـ كما يقول الإمام العز بن عبد السلام ـ يوجب ذلك»، ومرَدُّ هذا ـ كما قلنا ـ هو القواعد العامة في التشريع أو روح التشريع العام، ولا حاجة إلى الاستصحاب، بلا نزاع. مما تقدم يتحرّر لديك، أن محل النزاع في الاستصحاب ما يلي:

١) هو: «الحكم الذي دلَّ الدليلُ على وروده فقط في الماضي، ولم يتعرض لبقائه أو زواله، ولم يقُمْ دليلٌ آخر على ذلك، أي على هذا البقاء أو الزوال، وقد قام المجتهد بالبحث عن هذا الدليل فلم يعثر عليه» فإن استصحاب هذا الحكم حينئذ واعتباره مستمراً مستتبعاً آثاره، ونتائجه من الحقوق والالتزامات، سواء أكان الحكم إيجابياً (وجودياً) أم سلبياً (عدمياً) فهو محل النزاع بين الأصوليين والفقهاء.

٢) وكذلك استصحاب «الوصف» سواء أكان الوصف أصلياً أم طارئاً، مما يستتبع أحكاماً شرعية، إذا ما وجد أو تحقق في الماضي، ولم يدل دليل على بقائه، أو

---

(١) «أصول الفقه» للخضري ص٣٥٦، طبعة سادسة، المكتبة التجارية الكبرى ـ القاهرة، سنة ١٣٨٩هـ/ ١٩٦٩م.

زواله، كوصف: «الحياة» ـ وهو وصف أصلي ـ بالنسبة إلى الغائب المفقود الذي لا يُدرى مكانه، ولا يدرى أحي هو أم ميت، إذ لم يدل على استمرار حياته، أو يدل دليل حسي على وفاته، ولم يصدر من القضاء حكم باعتباره ميتاً.

وفي هذا المعنى يقول صاحب كتاب «كشف الأسرار على أصول البزدوي» ما نصه: «فأما إذا كان الحكم ثابتاً، بدليل مطلق، غير متعرِّض للزوال، وقد طلب المجتهد الدليل المزيل، بقدر وسعه، ولم يظهر، فقد اختُلِف فيه»[1]، وهو ما أكدّه الأصولي المحقق، ابن أمير الحاج في كتابه «التقرير والتحبير شرح التحرير» بقوله: «الحكم ظناً ببقاء أمر، تحقق سابقاً، ولم يظنّ عدمه بعد تحققه»[2] أي في الماضي.

وهذا يعني: الحكم باستدامة أمر، بناء على وجوده في الماضي، ولم يظن عدمه، أي لم يقم دليل شرعي على استمراره أو زواله، بعد البحث والنظر.

مدى حجِّية الاستصحاب عند الأصوليين:

لمَ تتّفق كلمة الأصوليين على حجِّية الاستصحاب شرعاً، بل انقسموا على آراء:

أ ـ ذهب فريق منهم إلى إنكار حجية الاستصحاب أصلاً، وفي كل الأحوال، واستدل بما يلي:

أولاً: إن تحقُّقَ الشيء، وحكمه في الماضي، أمرٌ يغاير بقاءه واستمراره في الزمن الآتي، فالوجود غير البقاء، ولا يلزم من الوجود البقاء والاستمرار (الاستصحاب) فضلاً عن أن الوجود ليس علّةً للبقاء، لما قلنا من أنهما أمران متغايران، وإذا لم يكن البقاء أو الاستمرار، لازماً للوجود، ولا أثراً لعلة الوجود نفسه بحيث تقتضي استمرار حكمه، آل الأمرُ حينئذ إلى أن الاستدلال بالبقاء (الاستصحاب) استدلالٌ بغير دليل، وهذا باطلٌ شرعاً.

ثانياً: إن الوجود والبقاء ماداما أمرين متغايرين، فإذا قام الدليلُ على تحقيق

---

(١) «كشف الأسرار» لعبد العزيز البخاري على أصول البزدوي: (٣/ ١٠٩٧).

(٢) «التقرير والتحبير» لابن أمير الحاج: (٣/ ٢٩٠)، و«الأصول» للسرخسي: (٢/ ٢٢٥).

أحدهما في الماضي، بقي الآخر، وهو البقاء بغير دليل، إذ ليس دليل الوجود هو دليل البقاء، لأنه ليس لازماً له، ولا أثراً لعلة الوجود، كما قدمنا، والمفروض أن الاستدلال بالاستصحاب، إنما يصح حيث لا دليلَ مستقلاً على بقاء الحكم، ولا على زواله، فيكون الحكمُ بالبقاء، إذن حُكماً بلا دليل، وهذا باطلٌ من قِبَلِ أن كلَّ حكم في الشرع، لا بدّ له من دليل ينهض به، وجودياً كان الحكم، أو عدمياً كما قدمنا.

ثالثاً: إن طبائع الموجودات، مختلفة لا تسير على سَنَنٍ واحد في البقاء والاستمرار، فترى بعضها يوجد ويتحقق، ولكن ينعدم أثر وجوده ولا يبقى زمانين، كالحركات، فإن من طبيعتها عدم البقاء، بل تأبى البقاء، ومن الموجودات ما يبقى أزماناً، بطبيعته، كالأجسام، ولو كان البقاء عينَ الوجود، لَثبت البقاءُ لكلِّ موجود، ولكن هذا غير واقع، فثبت أن الحكم بالبقاء والاستمرار ـ وهو الاستصحاب ـ يفتقر إلى دليل مستقل يثبته غير دليل الوجود، وما دام لم يتوفر لدينا هذا الدليل ـ كما هو المفروض ـ كان الحكم بالاستمرار، حكماً بلا دليل، وهو باطلٌ، فلا يصلح الاستصحاب حجّةً في الاستدلال على الاستمرار والبقاء مطلقاً لا في «الدفع» ولا في «الإثبات» وسواء أكان الحكم سلبياً (عدمياً) أم كان إيجابياً (وجودياً) وفي هذا المعنى يقول السرخسي: «فإن ثبوت العدم، وإن كان بدليل مُعدَم، فذلك لا يوجب بقاء العدم[1]، كما أن الدليل الموجود للشيء، لا يكون دليل بقائه موجوداً، فكذلك الدليل المثبت للحكم، لا يكون دليلُ بقائه ثابتاً»[2] وهذا صريح، أن الإمام السرخسي يريد أن يثبت أن الوجود شيءٌ آخر ولا تلازم بينهما، ووجود العدم شيء، واستمرار هذا العدم شيء والاستمرار شيءٌ آخر، ولا تلازم أيضاً، فالأمران متغايران، فدليلُ ثبوت أحدهما

---

(١) الإمام السرخسي يحاول إثبات أن استمرار البقاء أو العدم، ليس بدليل الوجود أو العدم نفسه. ولا لازم له، بل لأن البقاء والاستمرار قائم، لاستغنائه عن الدليل، وهو يصلح حجة للدفع فقط. (٢/ ٢٢٤ـ ٢٢٥).

(٢) المرجع السابق.

ليس دليلاً لثبوت الآخر، ولا لازماً له، ولا علّة فيه، فافتقر كل منهما إلى دليل مستقل يثبته.

غير أن السرخسي ـ كما علمت ـ يقول بحجيّة الاستصحاب في الدفع، على أساس أن البقاء مُسْتَغْنٍ عن الدليل ـ كما قدمنا ـ أما الكمال بن الهمام ـ الأصولي المحقق من الحنفية ـ فلا يرى حجية الاستصحاب أصلاً، مخالفاً بذلك أصل مذهبه، وجمهور فقهاء الحنفية، ويفسر عدم توريث ورثة المفقود، لا على أساس الاستدلال بالاستصحاب، بل عملاً بالعدم الأصلي الذي لا يراه نوعاً من الاستصحاب، لأن ورثة المفقود، الأصلُ عدم توريثهم يقيناً، حتى يوجد الدليل المغيِّر، ولم يوجد هذا الدليل، لأن المفقود لم تثبت وفاته حقيقة فبقي ورثته على العدم الأصلي، وقد قرّر هذا المعنى بقوله: وعلى ما حققنا، عدمه أصلي[1]، وأنه ـ أي الاستصحاب ـ ليس بحجة أصلاً.

بينّا آنفاً، الفريق الذي يرى أن «الاستصحاب» حجّةٌ بإطلاق في الأحكام العملية (الشرعيات) حتى شملت هذه الحجة بإطلاقها، الحكمَ الإيجابيَّ (الوجوديَّ) والسلبيَّ (العدميَّ) كما شملت حالة «الدفع» والحماية، وحالة «الإثبات» أو الاستحقاق، وإلزام الغير على السواء، حتى يردَ الدليل الطارئ المغيِّرُ الذي يقطع استمرار الحكم، أو يرفع بقاءه، أقول: إن هذا الفريق، وقد أقام «حجية الاستصحاب المطلقة» على أساس «التلازم» القائم بين أصل الوجود واستمراره، كما أقام بين أصل العدم، ودوامه، حتى كانا أمرين «متلازمين» غير منفكين، ولا متغايرين، بحيث إذا وُجِد الشيء، وتحقَّق، وثبت حكمُه بدليله، لزم عن ذلك بقاؤه. واستمراره دون دليل جديد، فكان «التلازم» ـ كما ترى ـ هو «صلب الاحتجاج بالاستصحاب» ما يوجب «ظن البقاء»[2]. أقول: إذا

---

(١) أي عدم توريث ورثة المفقود من ماله، بناء على العدم الأصلي لا على الاستصحاب، وراجع «التقرير والتحبير على التحرير»: (٣/ ٢٩١).

(٢) «كشف الأسرار»: (٣/ ١٠٩٧ وما يليها)، و«الإحكام في أصول الأحكام»: (٤/ ١٧٢ وما يليها)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني ص٢٣٧ ـ ص٢٣٨، و«المستصفى مع فواتح الرحموت»: (١/ ٢١٧ وما يليها)، و«التحبير على التحرير» لابن أمير الحاج، و«التحرير للكمال بن الهمام»: (٣/ ٢٩٠ ـ ٢٩١).

كان الأمر كما قدمنا، فقد أضحى لزاماً على هذا الفريق، أن يقيم الدليلَ البيِّنَ الذي يثبت هذا «التلازم» لتسْلَمَ له حجِّيتُه المطلقة التي يذهب إليها في مشروعية الاستصحاب، إذ لا يصلح مجرد الادعاء دليلاً للإثبات، وإلّا كان «أخذ الدعوى في الدليل» وهو مصادرة، تفسِدُ الاستدلالَ على المطلوب.

هذا ونورد فيما يلي سائر الأدلة التي استند إليها هذا الفريق، ليثبت أن «ظن البقاء» لازمٌ لكلٍّ من الوجود، أو العدم.

الدليل الثاني ومؤداه: أنه قد ثبت بالاستقراء، أن الأحكام الشرعية «إذا ثبتت، بقيت واستمرت على ما قام الدليل عليه، حتى يرد دليل آخر مغير» غير أن الشيخ محمد أبو زهرة، يقول: «الأدلة كانت في كل الصور الشرعية، مثبتة لموضوعاتها، بشكل مستمر، ما لم يقم دليل على انتهاء عملها، أو تقيدها بزمن، وهكذا فكل مقررات الشرع الإسلامي، تؤيد الاستصحاب»[1].

هذا الاستدلال من قِبَل الشيخ محمد أبو زهرة ـ فيما أرى ـ في غير محله، إذ ينبغي أن يلاحظ أن استمرار موضوعات الأحكام الشرعية، ومقررات الشرع، قد قام الدليل المستقل على استمرارها، ولا حاجة إلى «الاستدلال بالاستصحاب» وإنما يُلْجَأ إليه حيث لا دليل، وهذه دليلها قائم، فكان الاستدلال في غير محله، أما الدليل على استمرار موضوعات الأحكام، ومقررات التشريع الإسلامي، فقد ثبت ذلك بالدليل القاطع، إذ لا نسخ لشيءٍ من أحكام الشريعة، بعد وفاته ﷺ ولأنها خاتمة الشرائع السماوية إلى الزمن المقدر لبقاء هذا العالم، وأن رسولها خاتم الأنبياء والمرسلين، وإذا لم يكن ثمة نسخ قطعاً، والنسخ يبين انتهاء أمد العمل بالحكم، كانت الأحكام والمقررات خالدةً أبديةً، إذ لا دليل يبين انتهاء أمد العمل بها، وهذا لا نزاع فيه، ولا يُتصوَّر أن يكون فيه أدنى شك، ولكنه ليس نوعاً من الاستصحاب، أو يصلح حجةً على مشروعيته، فكان خارجاً عن موضوع البحث، صورةً ومعنىً، لأن بحثنا منحصر

(١) «أصول الفقه» للشيخ محمد أبو زهرة ص٢٩٧.

فيما حرّرنا من محل النزاع، أي في الأحكام العملية الاجتهادية التي لا دليل على بقائها، ولا على زوالها، للوقائع المستجدة المعروضة التي لم يرد لها دليل من نص من كتاب أو سنة، أو إجماع، أو قياس، فيلجأ المجتهدُ حينئذ إلى «الاستدلال بالاستصحاب» على أنه آخر مدار الفتوى، ولو وجدنا حكماً مستنبطاً من تلك المصادر التشريعية، سواء أكان موافقاً للحكم الاستصحابي أم مخالفاً، لقدمناه عليه ـ فكان استدلال الشيخ أبو زهرة[1] ـ كما ترى ـ في غير موضوع البحث!

غير أن الأدلة الأخرى التي سنعرض لها، هي التي تثبت حجية الاستصحاب لأنها مستمدة من الشرع من جهة، أو جاء الشرع مؤيداً للاستصحاب من جهة أخرى.

ثانياً: إن بدهيات العقل، تقضي بأنه إذا تحقق وجود شيء، أو عدمه «وله أحكما خاصة به، فإنهم يُسوِّغون القضاء بها في المستقبل، من زمان ذلك الوجود أو العدم، إلى الزمن الحاضر والمستقبل، حتى إنهم يجيزون مراسلةَ من عرفوا وجوده قبل ذلك بمُدَدٍ متطاولة، وإنفاذ الودائع إليه، ولولا أن الأصل بقاء ما كان على ما كان لما ساغ لهم ذلك» وهذا ـ كما ترى ـ ثابتٌ بالعُرف الإنساني العام أيضاً، فانطوى هذا الدليل ـ في الواقع ـ على دليلين: بديهةُ العقل، وجريانُ العرف العام.

ثالثاً: إن غلبة الظن بدوام الشيء واستمراره، لا يدانيها احتمال تغيُّره، لأن بقاء الشيء مستغن عن الدليل المؤثر فيه، إذ البقاء ليس إلّا استمراراً للوجود، أما تغيره فأمرٌ جديدٌ طارئ يفتقر إلى مؤثر، أو سبب طارئ يوجده، لأنه خلاف الأصل.

ومعنى هذا، أن الشيء إذا وُجد، استمر وجوده كأثر لازم للوجود نفسه، ولا يحتاج إلى دليل جديد، أي لزم ظن بقائه ـ وهو الاستصحاب ـ وهذا أصل طبيعي يقيني في سائر الموجودات التي لا تأبى طبيعتُها البقاء، ومعلوم أن التشريع الإسلامي، جاء مساوقاً لما تقضي به طبائع الأشياء، كما علمت.

أما إذا كانت الأشياء مما تأبى طبيعتُها البقاء والاستمرار، فلا تدخل في

---

(١) المرجع السابق.

موضوعنا، ولا يحكم عليها بالاستصحاب كالحركات، أو يمكن اعتبار بقائها، بتجدّد وجودها شيئاً فشيئاً، ولكن موضوعنا فيما من شأنه وطبيعته البقاء والاستمرار، فافترقا طبيعةً وشأناً.

ثالثاً: إجماع الفقهاء منعقدٌ على أن من شك في وجود طهارته ابتداء، لا تجوز له الصلاة، لأن الأصل المتيقن، عدم الطهارة، والأصل اليقيني لا يرتفع بالشك.

أما إذا شك في بقاء الطهارة واستمرارها بعد أن وُجدتْ، فالأصل البقاء[1].

رابعاً: إجماعهم على أن حكم الشك في الطلاق، مغايرٌ لحكم الشك في الزواج، وهذه «المغايرة» في الحكم، منشأ الأصل اليقيني الذي هو منطلق الاستصحاب في كل منها:

أ ـ فالأصل اليقيني في حكم الشك في الطلاق، أن «الزوجية» كانت قائمة على وجه اليقين، فتستمر وتبقى، والشك في الطلاق، لا يرفع هذا اليقين الثابت.

ب ـ أما حكم الشك في الزواج، فعلى العكس من ذلك تماماً، إذ الأصل عدمُ الزواج، فيستمر هذا العدم، ولا يقوى الشك على رفع هذا الحكم العدَمي الذي يُعدُّ استمراراً لأصل العدم اليقيني العقلي والشرعي، فلا يثبت الزواج بالشك!!

فالإنسان في الأصل «غير متزوج» حتى يقوم الدليل على زواجه، وهو حيٌّ حتى يقوم الدليل على وفاته، وهو غيرُ مالكٍ، حتى يقوم الدليل على أنه قد ملك، بعقد بيع، أو إرث، أو هبة، أو وصية، وهكذا دواليك.

---

(١) «الإحكام» للآمدي: (٤/ ١٧٢ ـ ٣٧١).

لأنه أصل يقيني، ولا يفتقر إلى دليل، وما دام أصلاً يقيناً، فلا يرتفع بالشك، فتستمر طهارته، وتجوز صلاته، تبعاً لوجود طهارته ابتداء، واستمرارها، ولا ترتفع بالشك.

غير أنّا أوردنا على هذه المسألة خلاف «المالكية» لأنهم انطلقوا من أصل يقيني آخر، هو أن الأصل أن «الذمة مشغولة بالصلاة يقيناً» فلا ترتفع بالطهارة المشكوك في بقائها واستمرارها. ولو أن الغالب أن الطهارة مظنون بقاؤها، وذلك احتياطاً في أداء العبادات وتفريغاً للذمة من الفروض والواجبات، على وجه يقيني أيضاً لا مكان للشك فيه كما قدمنا.

ج ـ وذهب فريق إلى «التوسُّط» فلم ينكر حجته أصلاً، في جميع الأحوال، ولم يقل بحجيته مطلقاً، بل رآه حجةً في «حالة الدفع» لا في حالة الإثبات والاستحقاق وإلزام الغير، وبيان ذلك: أن الاستصحاب ـ عند هؤلاء ـ يصلح حجَةً لدفع دعوى الخصم، كطلب ورثة المفقود إرثَهم منه أثناء فقده، فلا يُجابون إلى طلبهم، حمايةً للمفقود، وصيانةً لحقوقه حتى يُسْتَبَيَن أمره، أو يحكم القاضي باعتباره ميتاً. هذا من جهة، كما لا يصلح الاستصحاب حجّةً لإثبات حقوق للمفقود جديدة لم تكن له من قبل كإرثه من مورثه الذي مات أثناء فقده من جهة أخرى، فلا يصلح حجّةً لإلزام غيره بحقوق له لم تكن، كما قدمنا، أي لاستحقاق ميراث أبيه الذي توفي أثناء فقده، مثلاً، وعلى هذا فالاستصحاب يصلح حجّةً لحماية النفس، وصيانة الحقوق المكتسبة التي كانت قائمة له ابتداءً، لا لإثبات حقوقٍ قبل الغير جديدة لم تكن له من قبل، وإلزام ذلك الغير بها. وعلى هذا، فالاستصحاب ـ كما قدمنا ـ حجةٌ دافعةٌ، لا مثبتة ولا ملزمة للغير، وهو رأي كثير من الحنفية المتأخرين.

دليل هذا الفريق:

أن الثبوت والبقاء أمران متغايران، وعلة الثبوت ليست هي علة البقاء، وما دام المجتهد قد بحث عن دليل يدل على البقاء، أو على المغيِّر المزيل، ولم يعثر على أي منهما، فإن الحكم ببقاء الشيء واستمراره، أي بالاستصحاب، يكون مستنداً إلى عدم العلم بالدليل، لا إلى العلم بعدم الدليل.

ويكون احتمال وجود الدليل المزيل حينئذ لا يزال قائماً، لأن عدم الوجدان لا يدل على عدم الوجود يقيناً، فلا يصلح الاستصحاب ـ مع هذا الاحتمال ـ حجَّةً لإلزام الغير، وإثبات حقوق جديدة، بل يصلح حجَّةً لحماية النفس وصيانة الحقوق المكتسبة للمستدل بالاستصحاب، تلك الحقوق التي كانت قائمة له عند فقده، وفي هذا المعنى يقول صاحب «كشف الأسرار» ما نصه: «إن الدليل الموجب أي المثبت لحكم في

الشرع، لا يوجب بقاءه، لأن حكمه الإثبات، والبقاء غير الثبوت، فلا يثبت به البقاء، كالإيجاد لا يوجب البقاء، لأن حكمه الوجود لا غير»(١).

ويقول في موضع آخر تأكيداً لهذا المعنى: «فلا يصلح نفس وجود الحكم، علّةً لبقائه الذي هو غيره، فيثبت أن الدليل الموجب للحكم، لا يوجب بقاءه، فلا يكون البقاء ـ الاستصحاب ـ ثابتاً بدليل، بل بناءً على عدم العلم بالدليل المزيل، مع احتمال وجوده، فلا يصلح حجة على الغير، لكنه لما بذل جهده في طلب المزيل، ولم يظفر به، جاز له العمل به، إذ ليس في وسعه وراء ذلك، كما جاز له العمل بالتحرِّي عند الاشتباه(٢) أي في حق نفسه لا في إلزام غيره».

ثانياً: إن «الظن» الذي يصلح حجة لإلزام الغير، وإثبات حقوق جديدة، هو «الظن الذي أوجب الشارعُ العمل به، كالظن الحاصل بالقياس، إذ قام الدليل على أنه حجةٌ مُلزِمةٌ في حق النفس، وملزمة للغير، بإلزام الشارع، بخلاف هذا «الظن» لأنه غير معتبر، ولا قام دليل من الشارع على اعتباره، وإلزام الغير به».

مناقشة ما استند إليه متأخرو الحنفية من دليل:

إن مجرّدَ مرور الزمن، لا يصلح دليلاً طارئاً على قطع استمرار وجود الشيء الذي ثبت وتحقق في الزمن الماضي، وهذا ما أجمع عليه مُتقدِّمو الفقهاء، حيث قالوا: «إن وجود الشيء يستلزم ظنَّ بقائه» إذا لم يُعثَر على الدليل المغيِّر الذي يزيل، أو يرفع هذا الاستمرار والبقاء، ولو كان موجوداً لَنُقِلَ إلينا آحاداً وتواتراً، وظن البقاء ـ كما علمت ـ علم بدليل البقاء، لما قدمنا أن الظن في منزلة العلم، فيكون الاستصحاب علماً بالدليل، وليس من باب عدم العلم بالدليل! وهذا ملحظٌ دقيق ينبغي اعتبار وزنه في الاستدلالات.

هذا، ولا يقال إن القياس قد اعتبر الشارع الظن الحاصل به وألزم به الغير، وليس

(١) «كشف الأسرار» لعبد العزيز البخاري: (٣/ ١١٠).

(٢) المرجع السابق.

كذلك الظن الحاصل في الاستصحاب، لا يقال هذا لأن «الإجماع» دليلٌ من الشارع ملزم إذا انعقد على اعتبار هذا الظن الاستصحابي كما بينا.

أضف إلى ذلك أن «ظن البقاء» لا يزيله مجرَّد احتمال تغيُّره، لأن مجرَّدِ الاحتمال غير الناشئ عن دليل ـ كما قلنا ـ لا عبرة به فيبقى «ظن البقاء» الذي هو لازم للوجود قائماً، وهو مستغن عن دليل غير دليل الوجود، فكان احتمال التغير أو ارتفاع البقاء أو انقطاع الاستمرار ضعيفاً جداً، لا يُداني قوة ظن البقاء، فيرجح هذا على ذلك، رجحان القوة على الضعف ضرورة.

هذا ومبدأ «تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان» ليس من موضوعنا، لأنه يعني تغير الظروف والملابسات والأوضاع، وهي أسباب وعلل مؤثرة قد تقتضي قطعُ استمرار الحكم، لطروء علة أو سبب جديد، مُقتضٍ له، وقد بينا أن هذا ليس نوعاً من الاستصحاب، بخلاف مجرد مرور الزمن من الأيام والشهور والسنين، فالعبرة بتغيّر أوضاع الناس، وظروفهم وملابساتهم، على أن الحنفية المتأخرين حين زعموا أن الاستصحاب حجّةٌ دافعة فقط، يؤول بهم هذا النظر حتماً إلى أن الاستصحاب ليس حجّةً للبقاء أصلاً، بل للدفع والحماية فحسب، فاستصحابهم للمِلْكية الثابتة بوضع اليد في الماضي مثلاً، ليس حجّةً لثبوت هذه الملكية قطعاً بمجرّد وضع اليد، بل لدفع دعوى من يدَّعي زوالَها، وتغير الحال دون دليل، حتى يثبت دعواه بالبينة، أي هو حجة لإبقاء ما كان على ما كان كما قدّمنا، وليس حجة لإثبات أمر لم يكن، وكذلك استصحاب البراءة الأصلية للذمة ـ في نظرهم ـ ليس حجة لبراءتها حقاً، بل لدفع دعوى من يدّعي شُغلها دون دليل حتى يثبت دعواه بدليل مغيِّر، بحيث ينقل حكم البراءة الأصلية للذمة إلى شغلها، أما أصل البراءة، فلا يثبت حقاً، بخلاف الشافعية، حيث يذهبون إلى أن الاستصحاب تقرير الحكم الثابت في الماضي، مستتبعاً كافة آثاره، حتى يقوم الدليل على تغيره، فيكون بذلك حجة كاملة مطلقة كما بينا، لأن وجود الشيء يستلزم ظناً قوياً ببقائه واستمراره، وهو علم بعدم الدليل المغير لهذا البقاء، وهو كافٍ في الحجية المطلقة والاستدلال بها في الشرعية، وهذا هو الراجح في نظرنا[1]!.

---

(١) «أصول التشريع الإسلامي» للشيخ علي حسب الله ص١٦٩ ـ ١٧٠.

يتبيَّن مما سبق، أن مدار الخلاف في كون الاستصحاب حجةً أو لا.

منشأه ما يلي:

هل سبق الوجودُ مع عدم الانتفاء، هو دليل البقاء؟ قال فريق بالإيجاب، إذ ليس الحكم بالاستصحاب حكماً بلا دليل، بل هو حكم بالعلم بعدم الدليل المغيِّر، وقال المخالف بالنفي، معللين موقفهم السلبي هذا بأنه لا بد في الدليل من جهة يستلزم بها المطلوب، وهذه الجهة ـ في نظره ـ منتفيةٌ بالنسبة إلى البقاء[1].

هذا ورأي القائلين بالسلب ـ فيما أرى ـ ضعيفٌ جداً، لأننا قرّرنا أن دليل البقاء موجود، لا منتفٍ، والدليل هو الظن القوي بالبقاء الذي لا يُدانيه احتمال تغيُّره، لما قدّمنا أن مجرد الاحتمال غير الناشئ عن دليل لا عبرة به، فلا يصلح سنداً لهذا الرأي السلبي، كما لا يقوى على نقض التلازم القائم الذي يؤيده الشرعُ، وبديهةُ العقل، والعرفُ العام، والإجماعُ، والواقعُ المحسوس بين الثبوت في الماضي، والاستمرارُ المترتب عليه، فكان مظنون البقاء، وهو دليل معتبر في الأحكام الشرعية العملية، كما بينا.

وعلى هذا، فإن قول المنكرين إنَّ «الحكم بالاستصحاب» هو حكم بلا دليل، في غاية الضعف، بل هو باطل، وأما محاولة هذا الفريق لإبطال التلازم الذي هو صلب الاحتجاج بمشروعية الاستصحاب وحجيته من قولهم: «إن بعض الموجودات لا يستلزم البقاء، كالحركات، فمحاولةٌ فاشلةٌ، لأننا لا نبحث في الموجودات التي تأبى البقاء والاستمرار، بحكم طبيعتها، فهذه مستثناة، حتى إذا ثبت أن شيئاً من هذا القبيل الذي تأبى طبيعته البقاء، لا نقول باستمرار وجوده أو حكمه، إلّا إذا قُصِد باستمراره تجدُّد وجوده شيئاً فشيئاً، كما قدمنا، فالأصل إذن أن الشيء إذا وجد وكانت طبيعته لا تأبى البقاء فإنه يستمر، ذلك ما تقضي به طبائع الموجودات ـ كما قدّمنا ـ ونحن لا نملك تغيير هذه الطبائع، فكذلك أحكامها، حتى يوجد الدليل المزيل الرافع، أو المغير، وكذلك «الصفات» الملازمة أو الطارئة، إذا وجدت استمرت ـ ألا ترى أن

---

(١) «التقرير والتحبير على التحرير» لابن أمير الحاج: (٣/ ٣٩٠).

الإنسان العدل، لا يُحكَمُ بفِسْقه حتى يقوم الدليل المغير؟ ولا يحكم على المؤمن بالردة، وزوال صفة الإيمان إلّا بالدليل الثابت، ولا يحكم على امرئ أنه متزوج حتى يقوم الدليل الثابت على قيام الزوجية، بإبرام عقد الزواج، لأن الأصل عدم الزواج، بحكم العقل وتأييد الشرع، فيستمر هذا العدم، حتى يوجد الدليل الناقل عنه إلى الوجود.

هذا، ويُحكَمُ على الغائب المفقود الذي كان حياً يقيناً عند غيابه وفقده بأنه لا يزال حياً ـ كما قدّمنا ـ استصحاباً لحياته التي كانت ثابتة في الماضي حتى يقوم الدليل الحسي، أو الأمارة القوية الناقلة من حال الحياة إلى حال الوفاة، أو يصدر من القاضي حكمٌ باعتباره ميتاً، لأن الأصل: بقاء ما كان على ما كان، ذلكم هو ما يَحكُمُ به العقل ببديهته، والشرع يؤيده، كما جرى على ذلك العرف العام للناس، في كل زمن وبيئة، ويشهد له «الواقع المحسوس» وتنطق به «طبائع الموجودات».

أما ما عدا ذلك من الاحتمالات والشكوك المتخيلة المجردة غير الناشئة عن دليل، فلا عبرة بها، فلا تقوى بالتالي على تغيير هذا الأصل، أو معارضته، وأعني به أصل «ظن البقاء» وجوداً وعدماً، مما هو مُستغنٍ عن الدليل، لكونه استمراراً للوجود أو العدم، فيكون لازماً لكل منهما، وهذا هو الراجح ـ في نظرنا ـ لقوة أدلّته.

قواعد الاستصحاب:

أولاً: اليقين لا يزول بالشك[1].

ومما يتفرّع عن هذه القاعدة قواعدُ أخرى من مثل قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان»[2].

---

(١) «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص٥٠، الطبعة الأخيرة، المطبعة التجارية الكبرى ـ القاهرة، ١٣٧٨هـ/ ١٩٥٩م، هذا ودليل هذه القاعدة ـ على ما أورده السيوطي ـ قوله ﷺ: «**إذا شك أحدُكم في صلاته، فلم يَدْرِ كَمْ صلّى أثَلاثاً أم أربعاً؟ فليطرحْ الشك وليبْنِ على ما استيقن**» [أخرجه مسلم: ١٢٧٢، وأحمد: ١١٧٨٢، من حديث أبي سعيد الخدري]، وثمة أدلة أخرى، نهضت بحجية هذه القاعدة، لأن القواعد في الشرع لا تثبت بحديث آحادي فحسب.

(٢) المرجع السابق.

ومن أمثلة القاعدة، ما إذا تعاشر الزوجان مدّةً مديدةً، ثم ادعت أن زوجها لم يُقدِّم لها كسوة ولا نفقةً، فالقول قولها، لأن الأصل بقاؤهما في ذمته حتى يقوم الدليل على نقلهما منها، بمعنى أن ذمته شغلت بهذا الحق، فتبقى مشغولةً به حتى يُقيم الزوج البيِّنة على أنه أفرغ ذمته منه، إذ الأصل بقاء ما كان على ما كان».

غير أنه يرد على قول الإمام السيوطي «مدة مديدة» أن الزوجة قد تتّخذ من ذلك ذريعة لإرهاق الزوج، بمطالبته بنفقة وكسوة عن سنين طوالاً، وسِرُّ سكوتها هو حملُه على أن يرضى بالتخلص كيداً له، لذا جاز للحاكم الأعلى أن يقيد هذه المطالبة بحق النفقة بمدة معقولة لا مديدة، سداً للذرائع، وهذا من باب سياسة التشريع، وهذه سياسة تردُ قيداً على تطبيق القاعدة، كفالةً لمشروعية مآل هذا التطبيق.

ومن تطبيقاتها أيضاً، أنه إذا أكل آخر الليل، وشك في طلوع الفجر، صحَّ صومه، لأن الأصل بقاءُ الليل، والشك لا يقوى على رفعه، أو قطع استمراره. كذلك لو أكل آخر النهار، دون أن يجتهد، ليتبين حلول ميعاد الغروب، فشك فيه، بطل صومه، لأن الأصل بقاء النهار، وعدم جواز الفطر، حتى يقوم الدليل والظن القوي بحلول وقت الغروب.

قال الإمام الشافعي تقريراً لهذا الأصل: «أصل ما انبنى عليه الإقرار، أني أُعْمِلُ اليقين، وأطرح الشك»[1].

ثانياً: الأصل العدم[2]

ومن تطبيقاتها أنه لو ثبت على امرئ ديْنٌ، بإقراره أو بينة المدعي، فادعى المدين البراءة أو الأداء، فالقول قول الدائن، لأن الأصل عدمُ ذلك، والادعاء المجرّدُ خلاف الأصل، فلا بد من الدليل المغيِّر لما يقضي به أصل العدم.

ولو اشترك اثنان في شركة مضاربة على أن أحدهما يقدم رأس مال الشركة والآخر يقوم بالتجارة والعمل، وادعى هذا العامل، أن التجارة لم تربح فالقول قوله لأن

---

(١) المرجع السابق ص٧٥.
(٢) المرجع السابق.

الأصل «عدم الربح» فيستمر حكمه، حتى يردَ الدليل على تغيِّر هذا الأصل، أو انقطاع استمرار حكمه، بأن يُقام الدليل على حصول الربح فعلاً، لأنه أمر عارض، فكان خلاف الأصل، فلا بد له من دليل يثبته[١].

وكذلك إذا ادعى المشتري وجودَ عيب في السلعة، وادعى قدمه أيضاً، وأنكر ذلك البائع، فالقول قول البائع، لأن الأصل خلُوُّ السلعة من العيوب، أو على حد تعبير الفقهاء: «الأصل السلامة» أي من العيوب، فيصار إلى العمل بمقتضى هذا الأصل ويستمر حكمه حتى يَرِدَ الدليل المغير الذي يثبت خلافه .

هذا، وقد قدمنا آنفاً أن «الأصل عدم التكاليف الشرعية» قبل ورود الشرع فيستمر هذا الأصل، ويستصحب حكمه حتى يردَ دليل التكليف من المشرع، وهذا الأصل العدمي أو براءة الذمة ـ كما بيّنا ـ هو حكم عقلي محض، على ما صرح به أئمة الأصول، من مثل الغزالي، وابن قدامة وغيرهما ـ كما بينا ـ وليس نوعاً من أنواع الاستصحاب، لأن استمراره بحكم العقل، وهو قائم في الحاضر والمستقبل كما كان قائماً في الماضي، فيكون استمرار العدم ثابتاً بالعقل لا بالاستصحاب، وإن كان الشرع يؤيده، ولكن لم ينشئه.

ثالثاً: الأصل في الصفات العارضة العدم[٢]

هذه القاعدة أخصُّ من قاعدة «الأصل العدم» لأنها مقصورة على الصفات العارضة، دون سواها، فيندرج في هذه الأخيرة كل أمر عارض أو طارئ على هذا الأصل، فيفتقر إلى دليل يثبته، إذ العارضُ غير الأصل المتيقن الثابت، وغير الصفات، أو الخصائص الذاتية الملازمة للأصل، ولاسيما إذا كانت فطرية قائمة فيه بحكم الخلق الأول، فما يعرض من الصفات غير الذاتية على ذلك الأصل الثابت

---

(١) المرجع السابق.

(٢) «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص٥٧، غير أن الإمام صاغ هذه القاعدة صياغةً أعمّ وأشمل بحيث تستغرق الصفات العارضة وغيرها حيث يقول: «الأصل العدم» كما قدمناه ـ المرجع السابق، والمادة (٩) مجلة الأحكام العدلية.

وخصائصه الذاتية، لا يعتد بادعاء طريانها ما لم يقم الدليل على ثبوتها، لأنها خلاف الأصل، وهكذا ترى أن «العدم» إذا كان الأصل المتيقن استمر حكمه السلبي ووجب العمل به، حتى يرد الدليل الثابت المغيِّر لهذا الأصل، وخصائصه الذاتية أو صفاته الفطرية الأصيلة.

وعلى هذا آل الأمر إلى القاعدة الاستصحابية الأولى: «الأصل بقاء ما كان على ما كان».

وتطبيقاً لها، أن المشتري إذا ادعى أن «البائع» كان «مجنوناً» حين إبرام العقد معه، لا تسمع دعوى المشتري، من قِبَلِ أنه ادعى صفة عارضة على الأصل، إذ الأصل عدم الجنون، ذلكم لأن الإنسان المكلف كامل الأهلية عقلاً وإرادة، وهذا هو الأصل فيه، وفي خصائصه الذاتية بحكم الفطرة، والخَلْق الأول، وهذا الأصل متيقن، فيكون منطلقاً للاستصحاب، وأما الجنون فصفة عارضة على هذا الأصل اليقيني، فكان الأصل في الصفات العارضة العدم، ومن ادّعى وجودهما فعليه الدليل، لأنه خلاف الأصل.

على أن قاعدة: «الأصل العدم» أو «الأصل في الأمور العارضة العدم» لتمثل الصفات العارضة وغيرها، إذ «الأمور» أعمُّ من الصفات، قد أوردنا من تطبيقاتها، ما لو أقرَّ بالديْن، أو ثبت الديْنُ للدائن، لأن الأصل العدم، حتى يثبت خلافه، وهو الأداء أو الإبراء بالدليل. أقول: أوردنا هذا التطبيق الذي يندرج في القاعدة الاستصحابية السابقة، لكنه ينسحب عليها قاعدة أخرى، مؤدّاها:

رابعاً: «ما ثبت بزمان، يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه». هذا وكلمة «ما» في منطوق القاعدة، من ألفاظ العموم، فيشمل بحكمه الصفات، والأمور العارضة أيضاً.

فالأصل المتيقن هو ثبوت الدين في ذمة المدين بإقراره هو، لأن الإقرار سَيِّدُ الأدلة وأقواها، ما لم تقُمْ قرينة على الإكراه أو غيره، وكذلك ثبوت الدين بالبينة في زمان معين، فيستصحب هذا الأصل، ويستمر حكمه، ابتداءً من الزمن المعين الذي

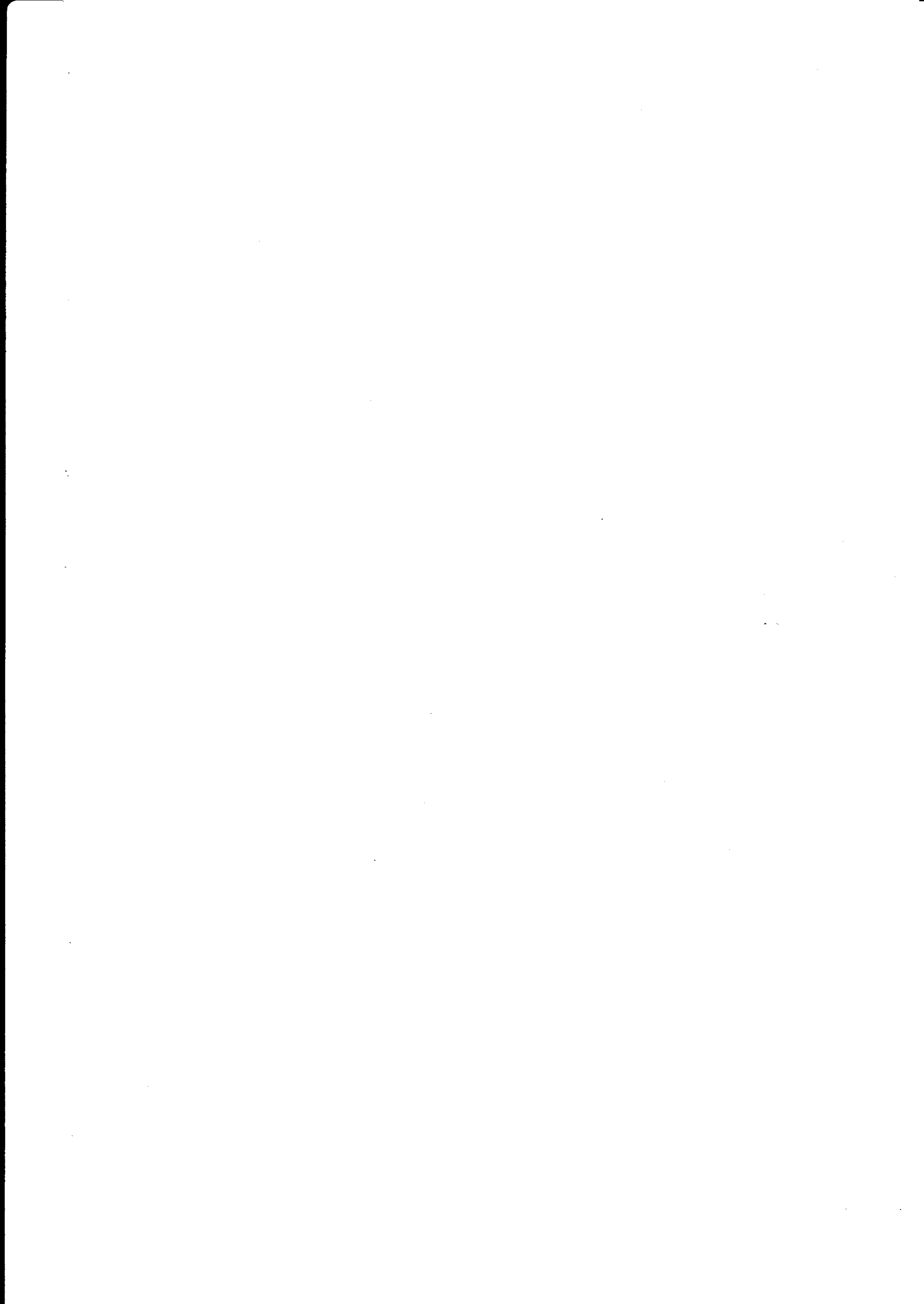
ثبت فيه، إلى الزمن الآتي، ما لم يعرض أو يطرأ من الدليل القوي الذي يقطع هذا الاستمرار، بأن يرفع هذه «المديونية» اليقينية التي أضحت أصلاً ثابتاً متيقناً، ومنطلقاً للاستصحاب، أي يُفرغُ الذمَّة مما شغلها من الدين، بأن يقيم الدليل على الإبراء أو الأداء، وتعود سيرتَها الأولى، وهي «البراءة» الأصلية، أو «براءة الذمة»، وهكذا ترى أن مسائل الاستصحاب تكون مندرجة في قاعدة منه، ثم تخرج منها لتدخل، قاعدة أخرى بالدليل القوي.

خامساً: قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد دليل التحريم:

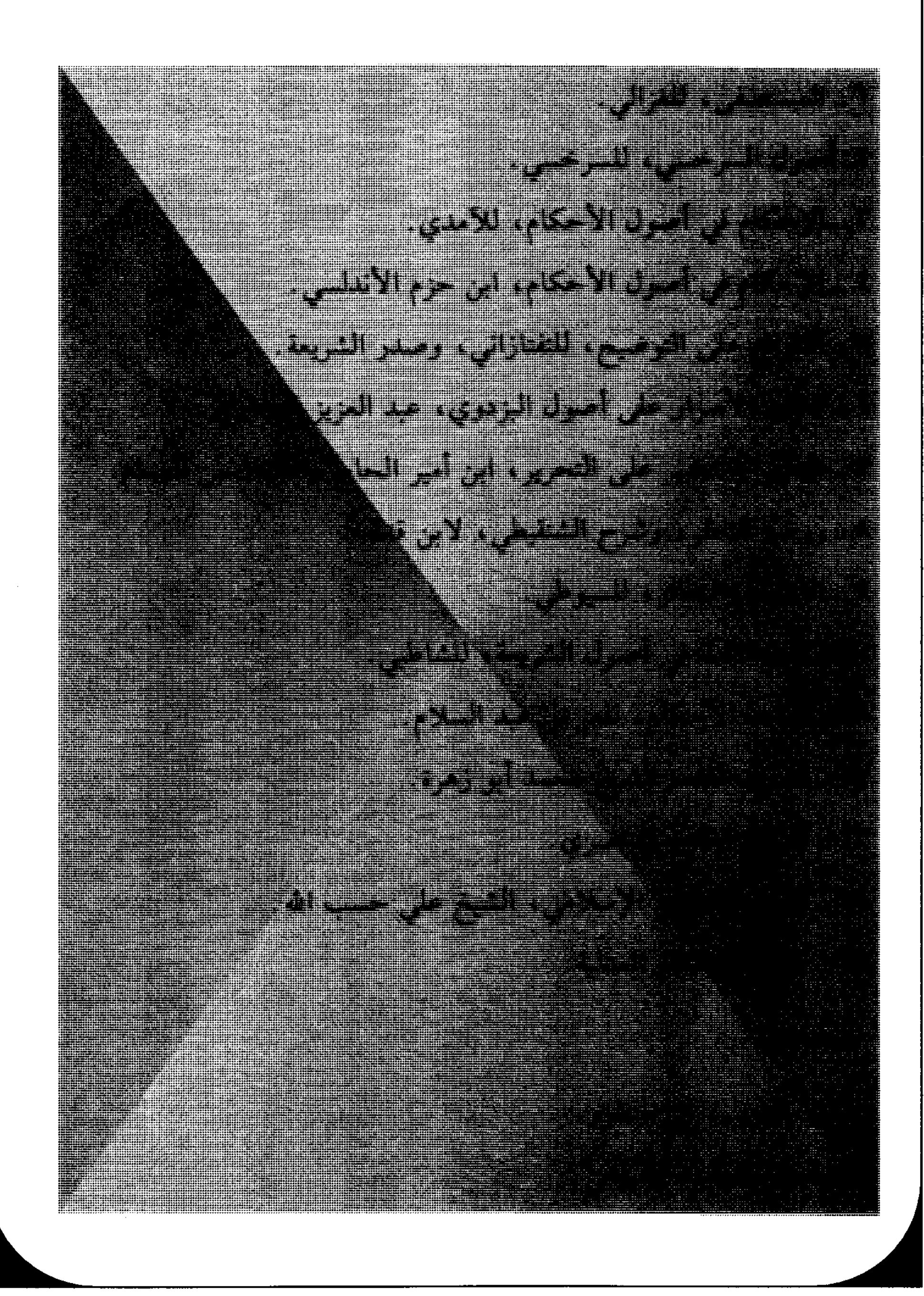
غير أني استدركت على هذه القاعدة، أن العقل العلمي المتخصص، قد يَحْكُمُ بالوجوب أو المنع، ويخالف هذه القاعدة، أي قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة في الوقائع التي لم يرد فيها نصٌّ أصلاً ولا يحكم بالإباحة، إذ تبين له النفع العظيم الذين يجب تحصيله، أو الضرر البيِّن الذي يجب منعه بحكم علمه، واختصاصه، وهذا الحكم ـ إيجاباً أو سلباً ـ إن كان يبدو مخالفاً لمقتضى الإباحة التي يستوي فيها الفعل والترك، وهي الأصل، غير أنه مما يقتضيه روحُ التشريع العام ـ كما قدمنا ـ لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة الأخرى التي تنص على وجوب دفع الضرر قبل الوقوع، ورفعه بعد الوقوع، من مثل: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» كما تقضي بوجوب جَلْب النفع الكبير، لأن إهداره ضررٌ عظيم، والشريعة الإسلامية كلها قامت على جلْب المصالح ودفع الأضرار والمفاسد.

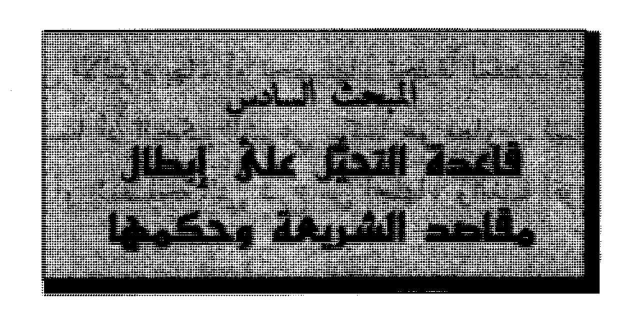
ونكتفي بهذا القدر والله ولي التوفيق.





المصادر والمراجع





منهج البحث في فلسفة أصول الفقه المقارن في التحيُّل:

أ ـ تحديد مفهوم «التحيُّل» أصولياً عند الإمام الشاطبي، وابن قيِّم الجوزية، وعلاقته بالباعث.

ب ـ ما يندرج من صور «التحيُّل» في كلٍّ من المفهومين.

ج ـ الأدلة الأُصولية العامة، والقواعد الكلية التي تنهض بتحريم «التحيُّل» ومنعه قطعاً، أثراً للباعث غير المشروع، وحمايةً لمقاصد التشريع.

د ـ مقارنة آراء الأئمة في طرق الإثبات التي يُبطل بها الفعل المتحيَّل به قضاءً، وصولاً إلى تقرير «حكم التحيُّل» شرعاً.

تمهيد:

ثبت بالاستقراء التام المفيد للقطع، أن الأحكام الشرعية ـ كما أشرنا ـ معللةٌ بمصالح العباد، ومفسَّرٌ تشريعها بها، على الجملة والتفصيل، على معنى: أن الشارع الحكيم، قد رتب الأحكام في تشريعه إياها على «مصالح» راجعة إلى المكلَّفين، تفسِّر أصلَ تشريع الحكم، فيما يتعلق بالمعاملات والعادات[1]، وشرع الحكم طريقاً

---

(١) يفرّق الإمام الشاطبي بينهما، إذ يجعل «العادات» مما يفتقر إليه الناس من الحاجات والمصالح التي لا يتوقف تحصيلها على إبرام عقد، أو إنشاء علاقة في تصرف شرعي، وأما المعاملات فهي ما كان ناشئاً عن عقد أو تصرف شرعي أو غير شرعي، تربطه بغيره، حيث يقول: «وفي العادات، كإباحة الصيد، =

موصِّلاً إليها، مما يشير إلى هذا «الاقتران» المقصود ـ اقتران الوسيلة بالغاية أو المقصد ـ بحيث لا يجوز شرعاً ـ إبَّان التطبيق، العمَلُ على أن ينفك الحكم عن غايته، بل لا بُدَّ من الالتزام بها، أو تحصيلها، تحقيقاً لمقصد الشارع، وعدم مناقضته في تشريعه، ولاسيما أنَّ الحكم الشرعي ـ كما هو معلوم ـ ليس مقصوداً لذاته، بل هو وسيلة للمقصد أو المصلحة التي شرع من أجلها، والغاية أقوى اعتباراً من الوسيلة بداهةً.

وعلى هذا، كان منطقيّاً إذن، أن يكون ثَمَّةَ تطابقٌ بين مقصد المكلَّف من تنفيذ الحكم، أو الفعل المتعلِّق به الحكم، ومقصدِ الشارع، ليتأتّى اجتناءُ المصالح المشروعة والمقصودة للمشرع، وإلّا كانت المنافاة، أو المناقضة بين الشارع والمكلف، قصداً وغايةً، وهو «علة البطلان» في التصرف والسعي، على ما بينا ذلك في غير موضع.

هذا، والتحيُّل ـ وقوامُه القصدُ أو الباعثُ الذي ينافي مقصدَ الشارع من أصل تشريع الفعل، بما يستهدف هدمَ مقاصد الشريعة، بالتوسل بفعل مشروع في الأصل، لتحقيق غرض غير مشروع محرَّمٌ قطعاً، وباتفاق الأصوليين والفقهاء، غير أنهم اختلفوا في مدى تأثير هذا الباعث غير المشروع، على إبطال التصرف قضاءً، تبعاً لاختلافهم في تحديد «الطرق الشرعية» لإثبات الباعث غير المشروع، على ما سيأتي تفصيل القول فيه في مقامه، ونعالج هذا الموضوع الهام، على التفصيل المبيَّن في منهج البحث، فنشرع أولاً في:

تعريف التحيُّل عند الإمام الشاطبي:

يقول الإمام الشاطبي في صدد تحديده لمفهوم التحيُّل أُصولياً: «ومنها ـ أي من

= والتمتع بالطيبات، مما هو حلال، مأكلاً ومشرباً، وملبساً ومسكناً، ومركباً، وما أشبه ذلك. وفي المعاملات، كالقراض (عقد المضاربة) والمسابقاة، والسَّلَم، وفي الجنايات... إلخ. والجنايات وإن اعتبرها الإمام الشاطبي قسماً قائماً برأسه، غير أنه تدخل في المعاملات بما تنشئ من علاقة بين الجاني والمجني عليه، أو بين الجاني والمجتمع أو الدولة. «الموافقات»: (٢/ ١١).

القواعد التي تفرَّعت عن مبدأ وجوب النظر في المآل ـ قاعدةُ الحِيَل»[١]، ويشرع الإمام في تحديد «مفهومها الأصولي» فيقول: «فإنَّ حقيقتها المشهورة[٢]، تقديمُ عملٍ ظاهرِ الجواز، لإبطال حكمٍ شرعي، وتحويله في الظاهر[٣]، إلى حكمٍ آخر، فمآلُ العمل فيها ـ في الحيَل ـ خَرْمُ[٤] قواعد الشريعة في الواقع، كالواهب ماله عند رأس الحول[٥]، فراراً من الزكاة، فإن أصل الهبة على الجواز، ولو منع الزكاة من غير هبة، لكان ممنوعاً، فإنَّ كل واحد منهما ظاهرٌ أمْرُهُ في المصلحةِ أو المفسدة، فإذا جَمَعَ بينهما على هذا القصد، صار مآلُ الهبة المنعَ من أداءِ الزكاة، وهو مَفْسدةٌ، ولكن هذا بشرط القَصْدِ إلى إبطال الأحكام الشرعية» اهـ.

ولا جَرَمَ أنَّ «القَصْدَ» يراد به في هذا المقام «الباعث غيرُ المشروع».

وأما «إبطال الأحكام الشرعية» فالمراد تغييرها في الواقع، وتحقيق مقاصد أخرى غير التي شُرعَتْ من أجلها ابتداءً، من إسقاط حق، وهضمهِ، أو هَدْمِ واجب، أو تحليل محرَّم، أو تحريمِ الحلال ـ على حدِّ تعبير الإمام الشاطبي نفسه في تفصيله لهذه القاعدة والتمثيل لها ـ بما يُظهِرُ «المنافاة» بين قَصْدِ الشارع، وقَصْدِ المكلَّف، أي تنافي «المصالح» المقصودة لدى كلٍّ منهما، إنْ صح أنَّ ما يقصده المتحيِّل مصلحة!!

تحليل التعريف:

إنَّ إمعان النظر في التعريف الذي أتى به الإمام الشاطبي «للتحيُّل» في معناه المشهور، يؤدي إلى استخلاص العناصر الآتية التي بها قِوامه.

---

(١) «الموافقات»: (٤/ ٢٠١).

(٢) وفي هذا إشارة وبالمفهوم المخالف، أن لها حقيقة غير مشهورة، سنأتي على شرحها، وإيراد تطبيقات لها.

(٣) لا في الواقع ونفس الأمر.

(٤) هدم.

(٥) قرب نهاية الحول، إذ لو وهب ماله عند رأس الحول، لشغلت ذمته بالزكاة قطعاً، ولا سبيل عندئذ إلى التهرب من أدائها.

أولاً: إنّ «التحيل» بمعنى الأصولي، لا يتحقق إلّا إذا اتَّخَذَ المتحيِّلُ فعلاً ظاهر المشروعية أولاً، لتحقيق غرض أو مقصد، غير المقصد الذي توخّاه الشارع من أصل مشروعية ذلك الفعلِ المتَّخذ، وغالباً ما يكون قصدُ المتحيِّل، أو الباعث الذي حَمَلَه على اتخاذ الفعل المشروع في الأصل غيرَ مشْروع، لأنه يستهدف غَرَضاً مُحرَّماً بقصد «خَرْم قواعد الشريعة في الواقع» أو مقاصدها على حدِّ تعبير الإمام الشاطبي.

أما إذا اتخذ المتحيِّل فعلاً غير مشروع أصلاً، لتحقيق غرض غير مشروع، فهذا ليس من التحيُّل، بل هو صريحٌ في معاندته للشارع من جهتين: ظاهراً وباطناً:

أ ـ من جهة اتخاذه الفعل غير المشروع.

ب ـ ومن جهة مخالفة الشارع فيما قصَد.

فالمنافاة ـ كما ترى ـ لا في مآل الفعل فقط، بل في ذاتيَّتِه أوَّلاً، ولهذا كان ذلك «التذرُّع» أو «التوسُّل» أوْلى بالمنع، للحرمة المزدوجة، وإنْ لم يدخلْ في باب التحيُّل!!

١ ـ **ومثال الأول**، كمن يهب ماله هبةً صوريةً لآخَر، قُرْبَ نهايةِ الحول، إسقاطاً لواجب الزكاة عنه، ثم يستردها من الموهوب له، بعد أن يكونا قد تواطآ على ذلك، فسعيُهُ في إسقاط الزكاة باطل، وتبقى ذمته مشغولةً بحق الزكاة، ولا تَبْرَأُ إلّا بالأداء، وظاهرُ فعل الهبة، لا يؤثِّر على اقتضاء السبب (النصاب) حُكْمَهُ، فسعيه في هذا التحيّل، مردودٌ عليه.

هذا، ولا يقال إنَّ الشرط لم يتحقق هنا، وهو «حَوَلَانُ الحوْل» لأنَّ «المتحيِّلَ» قد تَصرَّف في الشرط نفسه تصرفاً على وجه يؤدِّي إلى إحباط أثرِه، ولم يكن تصرفه فيه على نحو اقتضته حاجتُهُ المشروعة، بل بقصد إبْطالِهِ، ليفقِدَ السببُ شَرْطَهُ المكمِّلَ له، فيُرَدُّ عليه قصدُه، ويُحبَطُ سَعْيُهُ، ولا يَسقط فرض الزكاة بهذا التحيُّل، حفاظاً على مقاصد الشريعة، وقواعدها.

٢ـ **أما المثال الثاني**، فكما ذكر الإمام الشاطبي، باتخاذ فعلٍ غير مشروع في الأصل، كشرب الخمر مثلاً، حتى يفوتَ وقتُ الصلاة، فلا يكون الوقت قد صادفه

إلّا وهو ثمِلٌ فاقد الوَعْي، إسقاطاً لأداء الصلاة عنه، والحكم أنها لا تسقط بهذا الفعل المحرَّم، وإن لم يتحقق فيه مناط التحيُّل.

والواقع أنَّ الحرمة قد تعلّقت بهذا الفعل، من جهتين ـ كما ذكرنا ـ من جهة الفعل في ذاته، ومن جهة قصد إسقاط واجب الصلاة، فكان أولى بالمنع، لأنّ الحرمة مزدوجة، كما أشرنا.

وعلى كلٍّ، فالباعث في كليهما غيرُ مشروع، كما ترى! لأنه منافٍ لقصد الشارع، بل هادمٌ لقصده.

ثانياً: إنَّ «التحيل» بالمعنى الأصولي الذي قدّمه الإمام الشاطبي، تعارضت فيه، مصلحة الأصل، مع مفسدة المآل، فلم تعتبر الأُولى، واعتبرت الثانية، فكان حكم التذرع بالتحيُّل «المنع» ترجيحاً لمفسدة المآل التي تهدم مقاصد الشريعة على مصلحة الأصل التي اطَّرحها المتحيِّل، وصولاً إلى تحقيق قصده الذي يعاند الشارعَ به في مقصده صُراحاً، وهذا هو المعنى الذي أشار إليه الإمام الشاطبي، حين نص على أنَّ: «أصْلَ النظر في المآل معتبر مقصودٌ شرعاً»[1] وفرَّعَ عنه «قاعدة الحيل» و«قاعدة الذرائع» و«قاعدة الاستحسان» لأنَّ في كلٍّ من هذه القواعد، نظراً إلى مآل التصرف، واعتباراً له بما يؤدي إلى الحكم على التصرف نفسه في ضوء مآله، ثم أقام الأدلة التي تبلغُ في مجموعها القطعَ على أصل وجوب النظر إلى المآل، فكذلك القواعد المتفرعة عنه. فتلخَّص، أنَّ إعمال «قاعدةِ الحِيل» هذه، إنما هو إعمالٌ لقاعدة النظر في المآل عينها، والحكم فيهما مُتَّحد، إذ الأُولى فرعٌ عن الثانية، ولا يخالف الفرعُ أصله في حكمه، وإلَّا ما كان ليصح التفريع، إذْ ليس «التحيُّل» جزئيةً من عموم أصل النظر في المآل، وإنما هو قاعدة من قواعده المتفرِّعة عنه التي بها يتحقق معناه ومناطه في الخارج.

ولأن أصل النظر في المآل، مبدأ عام، يندرج فيه القواعد لا الجزئيات التي تَتَضمَّن معنى الأصل كملاً، لأنه أعم.

---

(١) «الموافقات»: (٤/ ١٩٤ وما يليها).

ثالثاً: إنَّ «التحيُّل» المنهي عنه، هو ما آل بالتصرف المتحيَّل به إلى أن يَهدِمَ أصلاً شرعيّاً، ويناقض مصلحة شرعيَّة[1] أيضاً، حتى إذا لم يكن مآلُ التصرف، هدم أصلٍ شرعي، ولا نقضَ مصلحةٍ شرعيةٍ شهد الشارع باعتبارها، فلا يَدخل في النهي، ولا هو باطل!

وفي هذا المعنى، يقول الإمام الشاطبي ما نصُّه: «إذا ثبت هذا، فالحيل التي تَقدَّمَ إبطالُها وذَمُّها، والنهيُ عنها ما هدم أصلاً شرعيّاً، وناقضَ مصلحةً شرعيةً، فإن فرَضْنا أنَّ الحيلةَ لا تهدم أصْلاً شرعياً، ولا تناقض مصلحةً شهِد الشرع باعتبارها، فغيرُ داخلة في النية، ولا هي باطلة»[2].

ولا يني الإمامُ الشاطبي، يُقيم الدليل على أن «التحيُّل» الذي قوامُهُ «باعثٌ غيرُ مشروع» أنه باطل ومحرم، ومنافٍ لِسَنَنِ المشروعات، حيث يقول[3]، ما نصُّه: «لمَّا ثبت أنَّ الأحكام شرِعَت لمصالح العباد، كانت الأعمالُ معتبرةً بذلك، لأنه مقصود الشارع فِيها، كما تَبَيَّن، فإذا كان الأمرُ في ظاهرِه، وباطنِه[4] على أصل المشروعية، فلا إشكال[5]، وإن كان الظاهر موافقاً، والمصلحة[6] مخالفةً، فالفعلُ غير صحيح وغير مشروعٍ، لأنَّ «الأعمال الشرعية» ليست مقصودةً لأنفسها، وإنما قُصِد بها أمورٌ أُخَرُ هي معانيها، وهي المصالح التي شُرِعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات»[7].

هذا، وتطبيقاً لمعنى التحيُّل الذي أتى به الإمام الشاطبي، وأنَّ القصد فيه منافٍ لقصد الشارع، وهذه المنافاة أو المناقضة هي «علَّة البطلان» يأتي بمثالِ التهرُّب من

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٨٧).

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق ص٣٨٥.

(٤) أي: من حيث القصد والباعث، لأنه أمر نفسي باطني.

(٥) أي: إن التصرف مستكمل أركانه، وشرائطه، وأن القصد مطابق لقَصْدِ الله في التشريع.

(٦) أي: في صحته وإنتاج أثره.

(٧) الغاية المقصودة.

أداء الزكاة، يوضِّح فيه معنى «التحيُّل» حيث يقول: «وعلى هذا، نقول في الزكاة مثلاً: إن المقصود بمشروعيتها، رفعُ رذيلة الشُّحِّ، ومصلحةُ إرفاق المساكين، وإحياءِ النفوس المُعَرَّضة للتلف، فمن وهب في آخر الحول[١] مالَه هروباً[٢] من وجوب الزكاة عليه، ثم إذا كان في حول آخر، أو قبل ذلك، استوهبه، فهذا العمل تقويةٌ لوصف الشحّ، وإمدادٌ له، ورفعٌ لمصلحة إرفاق المساكين»[٣].

أقول: فالمناقضة قائمة في هذا التحيُّل. غير أنه بقي أنْ يُقال: إنَّ مصلحة إرفاق المساكين، ليست هي المصلحة الوحيدة في إخراج الزكاة، فإن مصارفَ الزكاة متعددةٌ، وإرفاق المساكين واحدٌ منها، فيكون بالتحيُّل على إسقاط هذه الفريضة، قد عطَّل كافة المصارف الأخرى التي تُصْرف فيها الزكاة، فأثَرُ التحيُّل في أيلولته إلى المفسدة، أعم مما ذكر، كما ترى!!

هذا، ولا يلبث الإمام الشاطبي، أنْ يبيّن «وجه المناقضة» في الهبة الصورية، بشكل واضح، حيث يقول:

«فمعلوم أنَّ صورة هذه الهبة، ليست هي الهبة التي ندبَ الشرع إليها، لأن الهبة إرفاق وإحسان للموهوب له، وتوسيعٌ عليه، غنيّاً كان أو فقيراً، وجلبٌ لمودته ومؤالفته، وهذه «الهبة» على الضدِّ من ذلك، ولو كانت على المشروع من التمليكَ الحقيقي، لكان ذلك موافقاً لمصلحة الإرفاق والتوسعة، ورفعاً لرذيلةِ الشحِّ، فلم يكن هروباً عن أداء الزكاة، فتأمل كيف كان القصد المشروع في العمل، لا يهدم قصداً شرعياً، والقصد غير الشرعي، هادم للقصد الشرعي!»[٤].

---

(١) لعل الصواب، قربَ نهاية الحول، وإلّا لو كانت الهبة في آخر الحول، لما وسعه الهرب، لأنَّ الزكاة تكون حينئذ قد وجبت، وشُغلَت بها ذمته، ما دام السبب ـ وهو النصاب ـ قد تمَّ والشرط قد تحقق، وهو حَوَلانُ الحول، فيكون السبب قد اقتضى حكمه، وهو الوجوب، لتوفر شرطه المكمّل له، ولكن الكلام قبل أن يتوفر الشرط، وهو قد حال دون توفره بهبة مالِهِ قربَ نهاية الحول.

(٢) الصحيح هرباً، المرجع السابق.

(٣) «الموافقات»: (٢/ ٣٨٥).

(٤) «الموافقات»: (٢/ ٢٨٥ ـ ٢٨٦).

ولا ريب أن قول الإمام: «القصد غير الشرعي..» هو الباعث غير المشروع بعينه، وما دام القصد غيرَ الشرعي، هادماً للقصد الشرعي، فيجب الحيلولة دون أن يفضي إلى هدم مقاصد الشريعة، وأنّ إماماً من الأئمة، لا يجيز التذرع إلى ذلك بحال، بل ينبغي سدُّ الذريعة إليه، وذلك بإبطال التصرف المؤدي إلى ذلك وجوباً.

هذا، وقول الإمام الشاطبي «فتأمَّلْ» فيه لَفْتٌ للمجتهد، ليُنعم النظر العقلي الاجتهادي، لإدراك الفرق بين كلٍّ من نوعي الهبة: الهبة الصورية، والهبة الحقيقية، من حيث التكوين أو التكييف الفقهي، ومن حيث المقصد أو المآل.

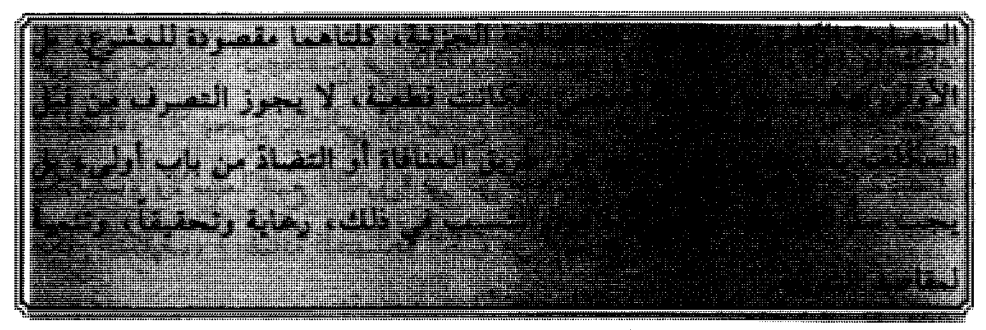
أما من حيث التكوين الفقهي، فالهبة الصورية لم تتحقق فيها «إرادة» المتحيِّل لإنشاء الهبة، وإبرام عقدها، ولا الرضا بآثارها الشرعية التي تترتب عليها، بدليل قوله بعدُ: «ثم إذا كان في حول آخر، أو قبل ذلك، استوهَبَهُ» أي رجع إلى الموهوب له، ليسترجع ما وهبه إياه[1]، وفي هذا إشارةٌ إلى التواطؤ بينهما، ومعلوم أن «العقد» إذا فقد أساس تكوينه، وهو «الإرادة» أو «الرضا» لم ينعقد، لأن العقد أساسه التراضي، وهو لم يوجد أصلاً، فالعقد باطل شرعاً على التحقيق، لانتفاء أصله، وهو «الرضا».

وأما من حيث «المقصد والغاية» فالواهب هبةً صوريةً، لم يقصد ما قصد الشارعُ، من أصْل تشريعها، وهو «الإحسان» وجلبُ المودة، ومؤالفة الموهوب له ـ على حدّ تعبير الإمام الشاطبي ـ بل قصد «الضدَّ» من ذلك، والتضادُّ بين القصدين هو نتيجةٌ حتميةٌ للصورية في العقد، فيجب سدُّ الذريعة إلى السبب فيها، لأن «التضادّ» هدمٌ للقصد الشرعي، وهو محرم قطعاً، وما يؤول إلى المحرَّم محرَّم، فيجب المنع من التسبب فيه، وهو إبطال مثل هذا التصرف، إنْ وقع، توثيقاً لمقاصد الشريعة، والمصالح الحقيقية المعتبرة، فاتضح بذلك، هذه الصلة الوثقى التي تربط «نظرية الباعث» بالأصل العام الذي قام عليه التشريع كله، وهو «جلب المصالح، ودرء المفاسد» وأنَّ دَرْءَ المفاسد أولى من جلب المصالح، وهذا ما عناه الإمام الشاطبي بقوله: «وهذه الهبة على الضدّ من ذلك، ولو كانت على المشروع من التمليك

---

(١) المرجع السابق.

الحقيقي ـ أي للموهوب له ـ لكان ذلك موافقاً لمصلحة الإرفاق والتوسعة، ورفعاً لرذيلة الشحّ، فلم يكن هروباً عن أداء الزكاة، فتأمل كيف كان القصد المشروع في العمل، لا يهدم قصداً شرعياً[1]، والقصد غير الشرعي[2]، هادمٌ للقصد الشرعي»[3].


... الجزئية، كلتاهما مقصودة للمشرع، ...
... فكانت قطعية، لا يجوز التصرف من قِبَل
... طريق المنافاة أو التضاد من باب أولى ...
... في ذلك، رعاية وتحقيقاً، وتكميلاً
لمقاصده

وبيان ذلك:

أنَّ مضادة مقتضى «المصلحة الكلية» أشدُّ تطرفاً وإمعاناً في معاندة الشارع، من مضادة «المصلحة الجزئية» لسبب بسيط، هو أن المضادَّة في الأُولى، موجَّهةٌ إلى كافة الأدلة التي نهضت بها، إذْ من المعلوم أنَّ «المصلحة الكلية» هي «القاعدة العامة» التي يُحَقِّقُ تنفيذُها، نفعاً كليّاً يوثِّق مصالح جزئية متعددة، لِمَا أنَّ مفهومها «معنى عام» أو قانون عام معين، ثبت بالاستقراء تأصيلُه في الشرع، والمعنى العام المستقرأ كاللفظ العام، سواءً بسواء، لاتجاه قصد الشارع إلى تأصيله، حمايةً لمقاصد التشريع في الجملة، وإذا كان المعنى العام كاللفظ العام، من حيثُ قوةُ الاحتجاج به، وبناء الأحكام عليه، كان ذلك آصلَ من حيث الاعتبار، لأن أحكام الشريعة ـ كما يقول الإمام الشاطبي ـ تشتمل على «مصلحة كلية» كما تشتمل على «مصلحة جزئية» في كل مسألة على الخصوص، فلا تضادَّ ـ كما ترى ـ بين الكليِّ، والجزئي في التشريع، غير أن «المصالح الجزئية» هي ما يعرب عنها كلُّ دليل لحكم في خاصته[4].

---

(١) بل جاء توثيقاً لمقاصد الشريعة، وتحقيقاً لها، وليست وظيفته سلبية فقط، أي لعدم هدمها، بل وإيجابية أيضاً، وهي التوثيق والتحقيق!!

(٢) وقد قدمنا أن المقصود به هو «الباعث» غير المشروع بعينه.

(٣) المرجع السابق.

(٤) «الموافقات»: (٢/ ٢٨٦).

تتبُّعُ الرُّخص في كلِّ المذاهب، يعتبر تحللاً من ربقة التكاليف:

وعلى هذا، فالمصلحة الكلية بما هي أصل عام يقوم عليه التشريع كله، وهو قاضٍ بوجوب اعتبار «مقاصد الشريعة» والمصالح الحقيقية المعتبرة فيها ـ كان لزاماً على كلِّ مكلف، أنْ يخضع في كافة وجوه سعيهِ وتصرفاتِهِ، وأقوالِهِ، واعتقاداتِهِ، لمقتضاه، فلا يجوز بالتالي أنْ «يتتبَّع الرُّخَصَ» في كلِّ مذهب، تحلُّلاً من ربقة التكاليف، ولاسيَّما تتبع «الحيل» في كل مذهب، لأن ذلك ـ كما ذكرنا ـ تنصُّلٌ من أحكام التكليف، ومضادةٌ للمصلحة الكلية من التشريع كله!

فثبَتَ ـ بما لا يدع مجالاً للشك ـ أنَّ تَتبُّعَ الرُّخص، أو «الحيل» في كلِّ مذهب، مضادَّةٌ لمقتضى الأصل القطعي في التشريع، وهو ما أطلق عليه الإمام الشاطبي «المصلحة الكلية» التي تستهدفها أحكام الشريعة، ومن هنا تدرك السِّرَّ في قول الشاطبي في تعريفه «للتحيُّل» الذي قوامه «باعثٌ غير شرعي».

«فالحِيَلُ التي تَقَدَّم إبطالُها، وذمُّها، والنهيُ عنها، ما هَدَم أصلاً شرعياً، وناقض مصلحة شرعية»[1].

هذا، والمراد بالأصل الشرعي «المصلحة الكلية» أو القانون العام المعيّن، والمراد بقوله: «وناقض مصلحة شرعية» أي مصلحة جزئية، ومن الأول، تَتَبُّع الرُّخَص في المذاهب، أو «الحيل» فيها، لأنَّ في ذلك تحلُّلاً من الربقة ـ على حد تعبير الإمام الشاطبي ـ في قوله: «فإذا صار المكلَّف في كل مسألة عَنَّت[2] له، يتَّبع رُخَص[3] المذاهب، وكلَّ قول وافق فيها هواه، فقد خلَع «ربقة التقوى»، وتمادى في متابعة الهوى، ونقض ما أبرمه الشارع..»[4].

---

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٨٧)، وانظر التعليق للشيخ دراز.

(٢) طرأت.

(٣) ومنها «الحيل» في المذاهب. انظر التعليق: المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق ص٣٨٦ ـ ٣٨٧، ويقول التعليق: «أي ولم يكن داخلاً مع سائر المكلفين تحت القانون العام المعين في هذا التكليف، وهذا هو المقصود من «المصلحة الكلية».

هذا، ويفصِّل الإمام الشاطبي، مناقضة المكلَّف في باعثه على التصرف، لمقصد الشارع من ذلك التصرف، بحيث يبيِّن وجوه تلك المناقضة، ما كان منها مناقضاً للغاية الأساسيَّة، أو المقاصد الثانوية المساعدة لتحقيق ذلك المقصود الأصلي وتقويته، في «نكاح التحليل» فإن المقصد الأصلي من النكاح إنجابُ الولد، وتكوين الأُسَر، حفظاً لبقاء النوع، على وجهٍ يليق بكرامة الإنسان التي منحها الله تعالى بني آدم، ولغرض «ثانوي» أيضاً، من شأنه أن يقوِّي المقصد الأول، من السكن، والمودَّة، والرحمة والتعاون، وهذه وإن كانت أغراضاً تتبعُ الأول، غير أنها تبدو ذات أهمية بالغة، إذ بها يتم استمرار التعهُّد بالأبناء، وفي ظلِّها يكون التكوين الأمثل لشخصياتهم المعنوية وبناء نفوسهم، وتشكيلها على نحو يرتقي بهم في معراج الخُلُق والدين. إذ الأسرة المصوغة على عين تعاليم الإسلام، ينعكس أثرها بالضرورة فيما تُنْجِبُ من جيلٍ قويٍّ، ذي نفسية صحيحة، وإرادة قوية، متجهة إلى تحقيق مصالح المجتمع مستقبلاً، لأنها بُنيت في جوٍّ مُفْعم بتعاليم الإسلام، ورعاية أبوين مسلمين، فيكسب النِّشْءُ خصائص إنسانية تُعينهم وتقدرهم على الرفعة والارتقاء، وذلك لا يتم بداهةً، إلا بالاستمرار، بل والأبدية حتى البلوغ والرشد، ونكاح التحليل مثلاً مقصودٌ به تحليل المطلَّقة ثلاثاً لزوجها الأول، وليس في نيَّةِ المحلِّل أن يكوِّن أُسرة، ولا أن تدوم المعاشرة، ولا القيام بتربية الأولاد، أو تنشئة جيل صالح، ولا العيش مع المعقود عليها في جوٍّ من السَّكن والمودَّة والرحمة، على ما نصَّ عليه الكتاب العزيز: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١] مما يُعيِّن على الديمومة والاستمرار في بناء الحياة الزوجية، وثمراتها، والتعاون بين الزوج وزوجته على القيام بأعبائها الجسام، فكان قصد «المحلِّل» منافياً لقصد الشارع رأساً، لا فيما هو غرض أساسي من عقد الزواج الذي شرعه الإسلام، ولا فيما يتبع ذلك من أغراض ثانوية، تقوي الغرض الأول، وهذه هي «المناقضة» من كلِّ وجه!!!.

ولا ريب أن «تنمية النَّسل» و«بقاء النوع» مقصد كليٌّ، أو قل ـ على حد تعبير الإمام الشاطبي: «مصلحة كلية» وقانون عام معيَّن، يدخل فيه سائر المكلفين، والمحلِّل لم يدخل فيه، فكان عَمَلُهُ منافياً للنظام الشرعي العام في الزواج، وهذا ظاهر

البطلان، فضلاً عن أنه منافٍ للمصلحة الجزئية المعتبرة من الزواج على النحو الذي قدمنا، وإليك نصَّ الإمام الشاطبي في هذا الصدد: «فالحِيَلُ التي تَقَدَّمَ إبطالُها، والنهيُ عنها، ما هَدَمَ أصلاً شرعياً، وناقضَ مصلحةً شرعيةً، فإنْ فرضنا، أنَّ الحيلة لا تهدم أصلاً شرعياً، ولا تُناقض مصلحة شهد الشارع باعتبارها، فغير داخلة في النهي، ولا باطلة»[1]، وقد تقدم هذا النص.

اعتراضات المانعين على أن يكون نكاح التحليل من باب الحيل، والرد عليها أصولياً:

غير أن الإمام الشاطبي، يورد بعضاً من اعتراضات المانعين، لأن يكون «نكاح التحليل من باب الحيل» ويذكر أدِلَّتهم، والواقع أن المناقضة لقصد الشارع من هذا النكاح، من كافة الوجوه، على النحو الذي أسهبنا، مما يرجِّح دخولَ «نكاحَ التحليل» في «مناط التحيُّل». ومن أمعن النظر الاجتهادي في أدلة المُعارِض، لا يلبث أنْ يقطع بأنه نوع من «التحيُّل على التحيُّل»، وعلى كلٍّ، بقي أصْلُ القاعدة سليماً، وإنما الخلاف ـ كما يبدو ـ في «تحقيق المناط» لأنَّ أحداً من الأئمة والمجتهدين، لا يقول بجواز «التحيُّل» على مقاصد الشريعة، بغيةَ هدمها وإبطالها، بحالٍ من الأحوال.

هذا، وإنَّما رجَّحْنا بطلانَ نكاح التحليل، ودخوله في «مناط التحيُّل» للقطع بأنَّ حكمة حِلّ النكاح هو «التناسل» والإمام الشاطبي نفسه، يرجِّح هذا أيضاً، إذ لا ينبغي أن يكون مع «القطع» اختراعُ احتمالاتٍ أُخَر، تجد هذا صريحاً في كلام الإمام الشاطبي، عن «الوسائل» التي تُعرف بها المقاصد[2]، ما كان منها إلى التعريف بمقصد الشارع قطعاً، أو على سبيل الاحتمال الراجح، ثم تراه ينتهي إلى أنَّ المقصد من النكاح المشروع، هو «التناسل» قطعاً، فكان نكاح التحليل غيرَ مشروع، لمنافاته لهذا المقصد الأول قطعاً، ولا سبيل إلى «التوفيق» فتعيَّن أن يكون القصد في «نكاح التحليل» غير شرعي، والقصد غير الشرعي ـ على حدّ تعبير الإمام الشاطبي ـ هادمٌ

---

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٨٧). أي لا تدخل في باب «الحيل» في معناها المشهور أصولياً، على ما سيأتي تفصيله.

(٢) «الموافقات»: (٢/ ٣٩١).

للقصد الشرعي، ومن هنا كان «البطلان» الحتميّ، إذْ لا يجوز إباحة منافاة قصد المكلف لقصد الشارع، كفاحاً، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي ما نصه: «اعتبار عِلَلِ الأمر والنهي، ولماذا أَمَر بالفعل[1]؟ ولماذا نهي عن الآخر؟ والعلة إمّا أن تكون معلومةً، أوْ لا، فإن كانت معلومةً، اتُّبِعَت، فحيث وُجِدَت، وجد مقتضى الأمر والنهي، من القصد أو عدمه، فالنكاح لمصلحة التناسل، والبيع لمصلحة الانتفاع بالمعقود عليه، والحدود لمصلحة الازدجار. . . إلخ».

ومعنى هذا، أنه إذا غاب مقصد النكاح من «التناسل»، لم يوجد مقتضى الأمر بالنكاح، فلا يكون مشروعاً، بدليل قوله بعد ذلك: «فإذا تعيَّنت ـ أي العلة ـ عُلم أن مقصود الشارع ما اقتضته تلك العلل من الفعل أو عدمه، ومن التسبب أو عدمه».

ومعنى هذا أنَّ نكاح التحليل، وقد غاب فيه مقصد الشارع أو هدم، لا يجوز التسبب فيه، وهو إبرام عقده، فكان ـ لذلك ـ داخلاً في «باب التحيُّل» لتحقق مناطه فيه، فلا وجه للمعارضة أصلاً كما ترى!

هذا، ويزيد الإمام الشاطبي على ما تقدم إبطالاً لهذا النكاح، في تفصيل مُسهب، وبأدلة صريحة مقنعة، متصلةٍ بفلسفة أصول التشريع ومقاصده الأساسية والثانوية، مما تجب مراعاته، رأينا ضرورة الإتيان على هذا التفصيل والتحليل لنفاسته، إذْ لم نره عند أحدٍ من الأصوليين والفقهاء، فرأينا إدراجه هنا، لتعلقه الوثيق بموضوع البحث، وهو «الباعث غير المشروع»، ولنستمع إليه، حيث يُدلي بتحليله الأصولي الرائع:

«مثال ذلك، النكاح، فإنه مشروع للتناسل على القصد الأول، ويليه طلبُ السَّكَن، والازدواج، والتعاون على المصالح الدنيوية والأُخروية: من الاستمتاع بالحلال، والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء، والتجمُّل بمال المرأة، أو قيامها عليه، وعلى أولاده منها، أو من غيرها، والتحفظ من الوقوع في المحظور من شهوة الفرج، ونظر العين، والازدياد من الشكر بمزيد النعم من الله على العبد، وما

---

(١) كما في قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣].

أشبه ذلك، فجميع هذا مقصود للشارع من شرع النكاح، فمنه منصوص عليه، أو مشارٌ إليه، ومنه ما علم بدليل آخر، ومسلكٍ استُقْرِئَ من ذلك المنصوص، وذلك أنَّ ما نُصَّ عليه من هذه «المقاصد التوابع» هو مثبِّتٌ للمقصد الأصلي، ومُقَوٍّ لحكمته، ومستدعٍ لطلبه وإدامته، ومستجلبٌ لتوالي التراحم، والتواصل، والتعاطف الذي يحصُلُ به مقصد الشارع الأصلي، من «التناسل». . وعند ذلك يتبيَّن أن نواقض هذه الأُمور، مضادةٌ لمقاصد الشارع بإطلاق، من حيث كان مآلها إلى ضدّ المواصلة، والسَّكن، والموافقة، كما إذا نكحها ليحلَّها لمن طلَّقها ثلاثاً، فإنه عند القائل بمنعه، مضادٌّ لقصد «المواصلة» التي جعلها الشارع مستدامةً إلى انقطاع الحياة من غير شرط، إذ كان المقصود منه (من نكاح التحليل) المقاطعة بالطلاق»[١]. وهذا ـ لا ريب ـ تحليل أصولي رائع.

ب ـ مفهوم «التحيُّل» عند كلٍّ من الإمامين: ابن القيِّم، والشاطبي، وما يندرج فيهما من صور:

سَبَقَ أن قدمنا مفهوم «التحيُّل» عند الإمام الشاطبي، وتحليل ذلك المفهوم، ما يُستَخلص منه، وقلنا: إنَّ حقيقته ـ على حد تعبيره ـ تقديمُ عمل ظاهر الجواز، لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر، إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها (في الحيَل) خرمُ قواعد الشريعة في الواقع»[٢]. اهـ.

والإمام ابن قيم الجوزية، يتفق مع الإمام الشاطبي في هذا المعنى للحيلة، حيث يقول، في كتابه «إعلام الموقعين»: «وتجويز الحيل، يناقض سدَّ الذرائع مناقضةً ظاهرة، فإنَّ الشارع يسدُّ الطريق إلى المفاسد بكل ممكن، والمحتال يفتح الطريق إليها بحيله، فأين من يمنع من الجائز خشية الوقوع في المحرم، إلى من يعمل الحيلة في التوصل إليه؟؟!»[٣] اهـ.

---

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٩٧).

(٢) «الموافقات»: (٤/ ٢٠١).

(٣) «إعلام الموقعين»: (٣/ ١٥٩)، طبع دار الجيل ـ بيروت.

هذا هو الاصطلاح المشهور للحيلة.

أنواع الحيل التي تدور على أخذ حق، أو دفع باطل، عند ابن قيم الجوزية ولا تندرج في المفهوم المشهور للحيلة.

غير أنّ الإمام ابن قيم الجوزية، يأتي بصور من التحيُّل، لا يندرج في المفهوم المشهور للحيلة، ومن ذلك مثلاً:

أ ـ أن يقصد بالحيلة، أخذ حقٍّ، أو دَفع باطل[١].

ويقسِّم ابن القيم هذا القسم إلى أنواع ثلاثة:

أحدها: أن يكون الطريق محرماً في نفسه، وأن المقصود بها حق. وجاءَ بأمثلة لهذا النوع من ذلك:

١ ـ أن يكون له على رجلٍ حق، فيجحده، ولا بيِّنة له، فيُقيم صاحبُ الحقِّ، شاهِدَيْ زُور، يشهدان بالحق، وهما لا يعلمان ثبوت هذا الحق، فهل هذا مما يندرج في حقيقة الحيلة على المشهور، وما حكمه؟[٢]

٢ ـ أن يكون له على رجل دين، وله عنده وديعة، فيجحد الوديعة، فيجحد هو الدَّيْن أو بالعكس، ويحلف ما له عندي حق، أو ما أوْدعني شيئاً[٣].

إنَّ ابن قيِّم الجوزية، يُدخل هذا النوع من الحيل، في بابها، خلافاً للإمام الشاطبي، إذْ لا يتعرَّض لهذا النوع، ولا بيَّن حكمه، لأنّا قدمنا، أن الإمام الشاطبي يذكر «المآل» من التحيُّل، أو المقصد منه، أن يكون متجهاً إلى «خرْم قواعد الشريعة، من إسقاط حق، أو هدم واجب»، ومعلوم أنَّ في هذا النوع من الحيل الذي ذكره ابن القيم، لا تَؤول الحيلة إلى ذلك الذي ذكره الشاطبي، بل إلى «الظفر بالحق» وأداء الواجب، وهما مقصد للشارع حتماً، فكان قصد المتحيِّل في هذا القسم، موافقاً

(١) المرجع السابق: (٣/ ٣٣٥).
(٢) المرجع السابق.
(٣) المرجع السابق.

لقصد الشارع، غير أنَّ الوسيلة غير مشروعة، ذلك لأنه عَدَلَ إليها، ضرورةَ تحصيل حقه، إذ الوسائل المشروعة، عَجَزَت عن تحقيق ذلك.

هذا، ويرى الإمام ابن قيم الجوزية، أنَّ حُكم هذا النوع من الحيل، يأثم صاحِبُه من حيث الوسيلة، دون المقصود، وأطلق على هذا النوع من «الحيل» عنوان «مسألة الظفر بجنس الحق»[1]، ونكتفي بهذا القدر، لأن استقراء الأمثلة التي وضعها ابن القيم لا يتسع لها المقام، فارجع إليها، إن شئت.

جـ ـ الأدلة من الأصول العامة، والقواعد الكلية التي تنهض بتحريم التحيُّل، ومنعهِ قطعاً، وبالحكم على التصرفِ المتحيَّل به بالبطلان، أثراً للباعث غير المشروع، وحمايةً لمقاصد التشريع:

إنَّ الأُصول العامة، والقواعد الكلية التي نهضت بإبطال التحيُّل وتحريمه، ثابتة باستقراء نصوص الشَريعة، فضلاً عن «المنطق التشريعي العام» الذي يَسْرِي روحاً عامًّا في التشريع الإسلامي كلِّه، مما يؤكِّد أنَّ «البنيان التشريعي» في الإسلام، مُحْكَمٌ أيَّما إحكام، وبيان ذلك:

أنَّ «الاستقراء» قد دلَّ دلالةً قاطعة، على أن «البواعث» أو «المقاصد» من قِبَلِ المكلفين، إبَّان ممارستهم للأسباب، من الأفعال والأقوال، سواءٌ منها ما تعلَّق بالعادات أم المعاملات، أم العبادات، معتبرةٌ فيها، صحةً وفساداً، وحلّاً وحرمة، وهو ما أشار إليه الإمام الشاطبي بقوله: «إنَّ الأعمالَ بالنيات، والمقاصدَ معتبرةٌ في التصرفات، من العبادات والعادات، والأدلة على هذا المعنى (المعنى العام أو الأصل المعنوي العام) لا تنحصر»[2].

على أنَّ هذا الذي أصَّله الشاطبي، هو عين ما ذهب إليه ابن قيم الجوزيَّة قبله، وجعله «أصْلاً معنويّاً عامّاً» تنهض به أدلة لا تحصى كثرةً، حيث يقول: «وقاعدة

---

(١) المرجع السابق.

(٢) «الموافقات»: (٢/ ٣٢٣).

الشريعة التي لا يجوز هَدْمُها، أنَّ «المقاصد» والاعتقادات، معتبرةٌ في التصرفات، والعبارات، كما هي معتبرةٌ في التقرُّبات، والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد[١]، يجعل الشيء حلالاً أو حراماً[٢]، وصحيحاً أو فاسداً[٣]، وطاعةً أو محرمة[٤]، أو صحيحة أو فاسدة»[٥] ثم يشير إلى عين ما أشار إليه الإمام الشاطبي، من أن الأدلة على هذا الأصل تفوتُ الحصر، ويأتي بالأدلة التفصيلية من القرآن والسنة في موضوعات شتى، تفيد بمجموعها إقامة هذا الأصل المعنوي العام، على سبيل القطع[٦].

هذا، ويؤكد الإمام ابن القيم هذا المعنى في غير ما موضع من موسوعته الفقهية، «إعلام الموقعين»، حيث يقول: «وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أنَّ القصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده[٧]، وفي حِلِّهِ وحرمته[٨]، بل أبلغ من ذلك، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد، تحليلاً وتحريماً، فيصير حلالاً تارةً، وحراماً تارة أخرى، باختلاف النيَّة والقصد، كما يصير صحيحاً تارةً، وفاسداً تارةً، باختلافها»[٩]، ويأتي بالأمثلة التطبيقية من أحكام الشريعة المستقاة من النصوص التفصيلية على ما يقول، كالذبيح الذي أُهِلَّ ذبحُهُ لغير الله، وكذلك الحلال[١٠] (غير المُحْرِم) يصيد الصَّيد للمُحْرِم، فيَحْرُمُ عليه، ويصيده للحلال، فلا يحرم عليه، وصورة الفعل واحدة، وإنما اختلفت «النية والقصد» أي الباعث.

---

(١) يلاحظ أن الإمام الشاطبي، وابن القيم، يعبران عن «الباعث» بلفظ القصد والنية.

(٢) أي الفعل.

(٣) أي العقد.

(٤) أي التقربات والعبادات.

(٥) «إعلام الموقعين»: (٣/ ٩٥ ـ ٩٦)، طبع دار الجيل ـ بيروت.

(٦) المرجع السابق.

(٧) أي قضاءً.

(٨) أي ديانةً.

(٩) المرجع السابق ص١٠٩ ـ ١١٠.

(١٠) غير المُحْرِم.

الأصل الأول: أنّ النية روح العمل وقوامه، وهو تابع لها في الحكم، يصحُّ بصحتها، ويفسد بفسادها.

وينتهي إلى هذه النتيجة الحاسمة، من «الأصل العام» الذي مفاده: أنَّ «النية روحُ العمل، وقوامُهُ، وهو تابع لها في الحكم، يصح بصحتها، ويفسد بفسادها»[١]، ثم يستدل على ذلك بقوله ﷺ: «**إنما الأعمال بالنيّات، وإنما لكلِّ امرئٍ ما نوى**»[٢].

هذا، ويفصِّل معنى الجملتين اللتين اشتمل عليهما هذا الحديث بقوله: «فبيَّن في الجملة الأُولى، أن العمل لا يقع إلّا بالنية، ولهذا لا يكون عملٌ إلّا بالنية، ثم بَيَّن في الجملة الثانية، أنّ العامل ليس له من عمله إلّا ما نواه، وهذا يعمُّ العبادات، والمعاملات، والأَيْمان، والنذور، وسائر العقود، والأفعال، وهذا دليل على أنَّ من نوى بالبيع عقد الربا، حَصَلَ له الربا، ولا يُعْصِمُهُ من ذلك صورة البيع، وأنَّ من نوى بعقد النكاح التحليل، كان محلِّلاً، ولا يخرجه من ذلك صورة عقد النكاح، لأنه قد نوى ذلك، وإنما لكل امرئٍ ما نوى. . . »[٣].

وعلى هذا، فالأصل الأول الذي ينهض بقاعدة التحيُّل وحكمها، هو: «أنَّ النيات والمقاصد، معتبرة في التصرفات، من العادات والعبادات، وأن هذه تابعة لتلك، صحة وفساداً، وحِلّاً وحُرمة، حسب الأحوال، وإنْ كان هذا الدليل أعمَّ، لأنه يشمل «التحيُّل» وغيره، باعتباره جزئياً من جزئياته، إذ قوام التحيُّل هو القصد أو الباعث غير المشروع ـ كما بينا ـ فيتحقق فيه مناطه لا محالة».

الأصل الثاني: من الثابت أنَّ الشارع الحكيم إذ قصد بالتشريع «إقامةَ المصالح الأخروية والدنيوية على وجه لا يختلُّ لها به نظام، لا كليّاً ولا جزئياً»[٤] وعلى التأبيد، فإنَّ «مناقضة» قصد الشارع في وضع التشريع على هذا الوجه، يُخلُّ بهذا النظام

(١) المرجع السابق: (٢/ ١١١).

(٢) أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر بن الخطاب.

(٣) المرجع السابق.

(٤) «الموافقات»: (٢/ ٣٧).

الثابت، ويخترمه حتماً، وذلك غير جائز مطلقاً، فما يؤدِّي إلى هذه «المناقضة» باطل أيضاً ضرورةً، وهو ما أصَّله الإمام الشاطبي بصريح قوله في موضعين:

الأول: بقوله: «قصد الشارع من المكلَّف أن يكون قصده في العمل، موافقاً لقصد الله في التشريع»[1].

وهذه القضية الأصولية، مستنبطة من الأصل العام الثاني الذي قدمنا، من أنَّ قصد الشارع بالتشريع، إقامةُ المصالح للعباد، على الإطلاق والعموم، وعلى هذا، فالمطلوب من المكلَّف أن يتصرف في سائر أفعاله، على هذا الوجه الذي يتفق ومقصد الشارع، ضماناً لتحصيل النتائج والمصالح المتوخاة عينها، وإلّا كانت الأحكام والقواعد الشرعية، ليست مُقامَةً لتلك المصالح، والثابت قطعاً أنها مقامةٌ لها.

وأيضاً، إنَّ تفسير «استخلاف الإنسان في الأرض» ليس له وجه، إلّا أن يكون من أجل إقامة تلك المصالح المرسومة دون حيفٍ عليها، أو نقضٍ لها، وذلك بمباشرة التصرفات المشروعة، أو الأسباب الظاهرة التي تُفضي إلى ذلك، باعتبار أن الشارعَ، قد أعانَ المكلَّف على إنفاذ التكليف على هذا الوجه المطلوب، وذلك بأن أودع في العقل الإنساني نفسه قوةَ التعقُّل والإدراك لتلك الأسباب، واستخلاص غاياتها، والمصالح التي شُرِعَتْ من أجلها، فإمكانية التعقُّل الإنساني إذن، هي «مناط المسؤوليَّة عن وجه التصرف المتَّخذ، وعلى أساس هذه المسؤولية، يكون الجزاء، من الصحة أو البطلان»[2].

إنَّ فلسفة أصول التشريع هذه، قائمة على أساس أن ثمة صلةً وثقى، بين مُدْركات العقل الإنساني المتخصص (المجتهد) الذي ينبغي أن يسترشد به المكلَّفُ العام، وبين مقاصد الشريعة كليِّها وجزئيِّها، من أصل وضع الله لها، مبادئ وقواعد وأحكاماً، وأنها إنما شُرِعتْ من أجل تلك المصالح الدنيوية والأُخروية للعباد، على سبيل الإطلاق والعموم كما بينا، وإنفاذ التكليف الذي يعتبر تفسيراً للاستخلاف الإنساني في الأرض، ينبغي أن يكون جارياً على هذا السَّنَن، حُكْماً ومقصداً[3].

---

(١) «الموافقات»: ج٢. (٢) «الموافقات»: (٢/ ٣٣١).

(٣) المرجع السابق، أي ليتمَّ القصد إلى معنى التعبّد كملاً.

فلسفة أصول التشريع التي تتنافى مع اتخاذِ أسباب التحليل، كما ينافي المطلوب من المكلَّف شرعاً:

غير أن مآل تصرف المتحيِّل، منصبٌّ على خرْم قواعد الشريعة، ذلك لأن مقصده الذي يرمي إليه من وراء هذا الاخترام، إنما هو هَدْم تلك المقاصد التي تستهدفها تلك القواعد كما أشرنا، من أن المقصد غير الشرعي هادم للمقصد الشرعي ضرورةً.

هذا الذي قدمنا، من فلسفة أصول التشريع التي تتنافى كليّاً مع اتخاذ أسباب التحيُّل، قد صَرَّح به الإمام الشاطبي، في كتابه «الموافقات»، بما يرفع كلَّ لَبْس وإبهام، بقوله: «والمطلوب من المكلَّف، أنْ يُجْرِيَ على ذلك(١) في أفعاله، وأنْ لا يقصدَ خلاف ما قصد الشارع.

وأيضاً، إنّ المكلَّف خُلِق لعبادة الله، وذلك راجعٌ إلى العمل على وَفْق القصد في وضع الشريعة ـ هذا محصول العبادة ـ فينال بذلك الجزاءَ في الدنيا والآخرة»(٢).

وأما الموضع الآخر الذي صرَّح به الإمام الشاطبي، بخصوص «المناقضة» في القصد والباعث ـ وهي علة البطلان ـ فذلك في قوله: «كلُّ من ابتغى في تكاليف الشريعة، غيرَ ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، وكلُّ من ناقضها، فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف مالم تشرع له، فعملُه باطلٌ»(٣).

الأدلة المنطقية العقلية على تحريم التحيّل شرعاً ووجوب منعه وإبطاله، لفساد الباعث:

هذا الأصلُ الكليُّ الذي ينهض بمنع «التحيُّل» على قواعد الشريعة، لاخترامها، ينهض به أيضاً، أدلة منطقية عقلية، عرضها الإمام الشاطبي تفصيلاً، وقد اجتزأنا هنا

---

(١) أي أن يكون قصده في العمل، موافقاً لقصد الله في التشريع، للدليل الذي قدمنا، من أن الشريعة وضعت على قصد تحقيق مصالح العباد، كليّاً وجزئياً.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

بالكليّ، عوضاً عن الأدلة المنطقية الجزئية، خشية الإطالة في هذا المقام، ولكن هذا لا يُعفينا من أن نورد ثلاثة أدلةٍ منطقية على مضمون هذا الأصل الكليّ المشتقّ من مجموع الأدلة الجزئية.

١ ـ أما الدليل الأول، فخلاصته: أن العمل «المناقض» إنما يكون باطلاً، لأنّ «المشروعات» وُضِعَتْ أصلاً، لتحصيل المصالح، ودَرْءِ المفاسد، حتى إذا خولفت، لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها، جَلْبُ مصلحة ولا دَرْءُ مفسدة، وهذا هو هدم مقاصد الشريعة.

٢ ـ وأما الدليل الثاني: فإنَّ من ابتغى في الشريعة، ما لم توضع له، فهو مناقض لها.

ذلك، أنَّ المكلف، إذا قصد غير ما قصده الشارع، كفاحاً، أو توهّماً، بأن توهم أن المصلحة فيما قصد، فقد جعل ما قصد الشارع مهملَ الاعتبار، وما أهملَ الشارع مقصوداً، وذلك «مضادَّة» للشريعة ظاهرة»[1].

٣ ـ أما الدليل الثالث فحاصله: أنَّ قصد المكلَّف المخالف، مردُّه إلى «أنَّ من رآه الشارع حسناً، فهو عند هذا القاصد ليس بحسن، وما لم يره حسناً، فهو عنده حسن، وهذه مضادَّةٌ أيضاً»[2].

هذا، ونشير إلى أن الإمام الشاطبي، قد أورد أدلة أُخرى اكتفينا منها بما ذكرنا، لتأصيل هذا الأصل الثاني الذي ينهض ببطلان التحيل، ومنعه شرعاً، لفساد الباعث الذي هو قوامه.

الأصل الثالث: أنَّ قَصْد «المتحيِّل» من تقديم عمل ظاهر الجواز، لتحليل محرَّم، كبيع العِينةِ مثلاً، لا يتأتّى معه، إرادةُ حقيقة البيع المشروع، وإذا انتفت «الإرادة» التي هي مبنى التصرف المشروع، أو أساس العقد، فقد بطل التصرف، ضرورة فقدان أصل مشروعيته، إذ «التراضي» هو أساس الانعقاد، ومضمون هذا الدليل، «مبدأ الرضائية» في العقود!

---

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٣٤).

(٢) المرجع السابق.

ويتجلَّى ذلك أيضاً، في عقد الهبة الصورية لنصاب الزكاة، قُرْبَ نهاية الحَوْل، فراراً من أداء هذه الفريضة، أو تحيُّلاً على إسقاطها، وهذا الإسقاط، هو مآل تصرفه المقصود، وهو خَرْمٌ لقواعد الشريعة، وإبطالٌ لأحكامها بلا مراء، وهو علة البطلان.

هذا، وإنما قلنا، إن مآل تصرفه إسقاطُ هذه الفريضة، لأن المتحيِّل ـ في واقع الأمر ـ قد جمع بين أمرين:

الأول: أصل الهبة، وهي على الجواز الشرعي في ظاهرها، وهذا مفاد قول الإمام الشاطبي: «تقديمُ عملٍ ظاهرِ الجواز»[1]، فمناط التحيُّل متحقّقٌ.

الثاني: منع الزكاة من غير هبة، وهذا في ذاته، ممنوع شرعاً.

فالأمران ـ كما ترى ـ ظاهرٌ أمرهما، في الجواز، وهو الأول، وعدم الجواز، وهو الثاني.

غير أنَّ «المتحيِّل» قد جمع بينهما، فصار مآل الهبة المنعَ من الزكاة، ومعلوم، أنَّ أصل النظر في «مآلات الأفعال» معتبرٌ مقصودٌ شرعاً، أي يحكم على التصرف في ضوء مآله، صحةً وبطلاناً، وباعتبار أن «المآل» هنا هو إسقاط فريضة الزكاة، وهذا غير مشروع، فقد أضحى التسبب في ذلك غير مشروع، فتبطل هذه الهبة الصورية، وتبقى فريضة الزكاة مشغولةً بها ذمةُ المتحيِّل[2].

على أنَّ هذا «الحكم» ينْدرج أيضاً تحت قاعدة «المعاملة بنقيض القصد» أي القصد غير المشروع.

الأصل الرابع: وهو قاطع الدلالة على إبطال «التحيُّل» القائم على الباعث غير المشروع، وهو ـ على حد تعبير الإمام الشاطبي ـ «الاستقراء» الثابت بأدلة لا تحصى

---

(١) «الموافقات»: (٤/ ٢٠١).

(٢) المرجع السابق، إسقاط فريضة الزكاة تحيُّلاً، فيه هضم حق مصارفها، ومنها الفقراء والمساكين، وفي هذا مفسدة أيُّ مفسدة.

من الكتاب والسنة، على ما قدّمنا[١]، وهذا يعني التفات الشارع إلى المعنى العام المستقرأ، واعتباره قطعاً.

د ـ مقارنة اجتهادات الأئمة في «طرق الإثبات» التي يَبْطُلُ بها الفعلُ أو التصرفُ المتحيَّلُ به قضاءً، وصولاً إلى استخلاص حكم التحيُّل شرعاً.

لم تتفق آراء الفقهاء على «طريق، أو وسيلة إثبات الباعث غير المشروع، فذهب الإمام الشافعي، وأبو حنيفة، وغيرهم إلى أنَّ «مجرد النيَّة» ـ ولو ثبتت بالقرائن ـ لا تؤثر في الفعل أو التصرف، صحةً وفساداً، بل لا بدَّ أن يكون «الباعث» مصرَّحاً به في صلب العقد، ومعبَّراً عنه بنص قاطع، ذلك أنَّ «حكم» «الأمر الباطن، موكلٌ إلى الله تعالى، لأنه ـ سبحانه ـ المطَّلعُ على خفايا النفوس، وما استتر في القلوب».

غير أنَّ الإمام أبا حنيفة، قد أجاز أنْ يُستخلص «الباعث» من «طبيعة محل العقد» إذا أمكن، وعلى ضوء ذلك، يُحكم على العقد بالصحة أو البطلان، حسب الأحوال، كما في «بيع القرد»[٢]، مثلاً، فيكون «الباعث» داخلاً في نطاق العقد ضمناً.

هذا، وذهب المالكية والحنابلة، إلى أنَّ «القرائن» تكفي في إثبات «الباعث» قضاءً.

ففي «عقد بيع العينة» مثلاً، احتيالاً على الحصول على «الربا» المحرَّم، يعتبر الإمام مالك أنَّ هذا العقد نفسه، يُعتبر «قرينة» على الباعث غير المشروع، من قِبَل أنه «عقد ظاهري» لا يُقصد به حقيقةُ معناه، ولا المقصد الشرعي، أو تحقيق المصلحة الحقيقية المعتبرة التي شُرع هذا العقد من أجلها، لأن «السلعة» بين البائع والمشتري، أي المقرض والمقترض على التحقيق «لغوٌ»، لأنها غير مقصودة بالتملُّك، أو التمليك، بل لإقراض عشرة من الدنانير مثلاً، ليتقاضاها المقترض بعشرين بعد أجل، وهذا هو «الاحتيال على الوصول إلى الغرض غير المشروع»،

---

(١) المرجع السابق، (٢/ ٢٧٨ ـ ٣٣٤ وما يليهما).

(٢) لأن «القرد» محل العقد، ويستخلص من «القرد» الذي هو «محل» عقد البيع، أنه «للّهو» لا لشيء آخر، واللهو محرم، فشراء القرد لغرض اللهو محرم، لفساد هذا الباعث شرعاً.

وهو «الربا»، فعقد العينة نفسه «قرينة» كافية على إثبات هذا الباعث غير المشروع، لصوريَّةِ هذا العقد!

المالكية يعتبرون «كثرةَ القصد غير المشروع» وقوعاً في المجتمع، مظنةً للباعث غير المشروع، لأن هذه مفسدة عامة، يجب دَرْؤُها، ولا يشترطون تحقق هذا القصد، لدى كلِّ متصرف على انفراد:

يقيم المالكية في صَدَدِ إثبات الباعث غير المشروع «المظنةَ مُقام المئنة» أي مقام حقيقة الشيء المظنون، احتياطاً، وأخذاً بالحذَر، والحَزْم، والتحرُّز في العمل بأحكام الشريعة، حفاظاً على مقاصدها، وصوناً لأهدافها التي هي مصالح المكلَّفين.

وهذا ما يُقرِّره الإمام الشاطبي، حيث يقول في «بيع العينة» على سبيل المثال: «ولكن هذا ـ أي منع بيع العينة ـ بشرط أن يظهر لذلك قصد، ويكثر في الناس، بمقتضى العادة»[1].

إنَّ «كثرة الوقوع» إنما هي واقعة بين غلبة الوقوع، وبين النُّدْرة، فلا هي غالبةُ الوقوع، ولا نادرةُ الحصول[2].

هذا، والاستدلال بكثرة الوقوع، لا بغلبته ـ على الباعث غير المشروع، إذا فشا التحايل على مقاصد الشريعة، في تصرف معيَّن في المجتمع، هو موضعُ خلاف بين الفقهاء من جهة، والمالكية من جهة أخرى على اعتباره مظنةً كافيةً في إثبات هذا الباعث، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي[3]: «ما يكون أداؤه إلى المفسدة ـ أي من صنوف التذرع بالحيل ـ كثيراً لا غالباً، ولا نادراً، فهو موضع نظر والتباس، والأصل فيه الحمل على الأصل، من صحة الإذن، كمذهب الشافعي وغيره، ولأن العلم والظنَّ، بوقوع المفسدة منتفيان، إذْ ليس هنا إلَّا احتمالٌ مجرَّد، بين الوقوع وعدمه، ولا قرينة ترجِّح أحد الجانبين على الآخر، واحتمال القصد للمفسدة

(١) «الموافقات»: (٤/ ١٩٩ ـ ٢٠٠).

(٢) المرجع السابق: ج٢.

(٣) المرجع السابق: (٢/ ٣٦١).

والإضرار، لا يقوم مقام نفس القصد، ولا يقتضيه، لوجود العوارض من الغفلة وغيرها، عن كونها موجودة أو غير موجودة».

«وأيضاً، فإنه لا يصح أنْ يُعَدَّ الجالب، أو الدافع هنا، مقصِّراً ولا قاصداً، كما في العلم والظنِّ، لأنه ليس حملُهُ على القصد إليهما أولى من حمله على عدم القصد لواحد منهما، وإذا كان كذلك، فالتسبب المأذون فيه قويٌّ جداً، إلّا أنَّ مالكاً اعتبره في سدّ الذرائع[1]، بناءً على كثرة القصد وقوعاً، وذلك أن «القصد» لا ينضبط في نفسه، لأنه من الأمور الباطنة، لكنْ له مجالٌ هنا، وهو «كثرة الوقوع في الوجود» أو هو «مظنَّةُ» ذلك، فكما اعتبرت المظنَّةُ، وإنْ صَحَّ التخلُّف، كذلك تعتبر الكثرةُ؛ لأنها مجال القصد»[2].

وعلى هذا، فالمالكية ـ كما رأيت ـ يكتفون بالمظنَّة في إثبات الباعث، وهو «كثرة الوقوع» ولا يشترطون الوقوف على «حقيقة الباعث»[3] في كلِّ فرد على حدة، ذلك، لما أورده الإمام الشاطبي من تعليل فيما سبق، مفاده: أنَّ القصد ـ الباعث ـ أمر خفيٌّ لا ينضبط، ولا يمكن الاطلاع عليه.

على أن الإمام الشاطبي، يميل إلى الأخذ بكثرة القصد، مظنةً لثبوت الباعث غير المشروع، ويورد أدلة من نصوص الشريعة تؤيد هذا الاعتبار، حيث يقول: «ووقوع المفْسَدةِ في هذه الأمور، ليست بغالبة في العادة، وإنْ كَثُر وقوعها»[4] اهـ.

هذا، وقد أتى الإمام الشاطبي، بنصوص من الشريعة، تنهض باعتبار هذه «المظنة» دليلاً على الباعث غير المشروع، واكتفى الشارع الحكيم بها، من ذلك: أن الشارع: «حرَّم الخلوة بالمرأة الأجنبية، وأنْ تسافِرَ مع غير ذي محرم، ونهى عن بناء المساجد على القبور، وعن الصلاة إليها، وعن الجمع بين المرأة وعمتها، أو خالتها،

---

(١) معلوم أن مبدأ سد الذرائع يشمل التحيل الممنوع.

(٢) «الموافقات» للشاطبي: (٢/ ٣٦١).

(٣) وهو ما يطلق عليه الأصوليون «المئنة».

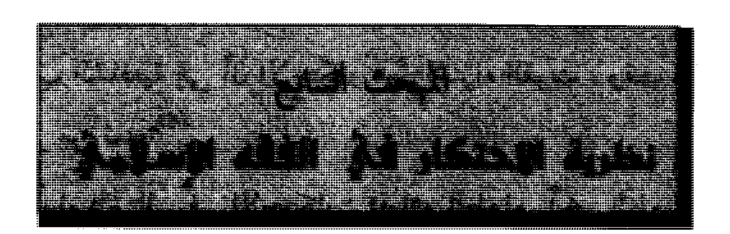
(٤) المرجع السابق.

وقال: «إنّكم إنْ فعلتم ذلك، قطّعتم أرحامكم»، وحرَّم نكاح ما فوق الأربع، لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟﴾ [النساء: ٣]، وحُرِّمت خِطبةُ المعتدة تصريحاً، ونكاحها، وحَرَّمَ على المرأة في عدة الوفاة، الطيبَ والزينة، وسائر دواعي النكاح، وكذلك الطيبَ، وعقدَ النكاح للمُحْرِم، ونهى عن البيع والسَّلَف، وعن هديَّة المِدْيان، وعن ميراث القاتل... إلخ». ويقول الشاطبي: «إلى غير ذلك، مما هو ذريعة، وفي «القصد» ـ الباعث ـ إلى الإضرار والمفسدة فيه «كثرة» وليس بغالب ولا أكثري، والشريعة مبنية على الاحتياط، والأخذ بالحزم، والتحرُّز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة، فإذا كان هذا معلوماً على الجملة، والتفصيل، فليس العمل عليه بِبِدْع في الشريعة، بل هو أصل أُصولها، راجعٌ إلى ما هو مكمِّل، إما لضروري، أو حاجي، أو تحسيني»[1].

على أن «كثرة الوقوع» هذه التي هي مظنة القصد أو الباعث غير المشروع، ترتد إلى أن يكون المعيارُ في إثباته موضوعيّاً، لكنه لا يعدو أن يكون «قرينة» جَرْياً على اعتبار الشارع لها فيما ضرب الشاطبي من تطبيقات، اكتفى فيها بمظنة القصد لا بمئنَّةِ أو بحقيقة القصد، وهذا أدنى إلى أخذ الحَيْطَة في مراعاة مقاصد الشريعة، وتحقيق مصالح العباد، وهو ما نرجحهُ.



(١) المرجع السابق: (٢/ ٣٦٣ ـ ٣٦٤).



أ ـ تعريفه اصطلاحاً[١]:

لم يتفق الفقهاء على تعريف الاحتكار، ومنشأ ذلك ـ فيما يظهر ـ هو اختلافهم في شروطه.

ونعرض فيما يلي، بعض التعاريف التي ودت في أهم مصادر الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة:

١ ـ يقول الإمام الشوكاني: (الحُكْرة هي حبس السلع عن البيع)[٢].

(١) أما تعريفه لغة، فقد جاء في «القاموس للفيروز آبادي»: الحكر (بفتح الحاء وسكون الكاف) الظلم وإساءة المعاشرة، وبالتحريك (بفتحتين) ما احتكر، أي حبس انتظاراً لغلائه، والحكر، بضم الحاء، اسم من الاحتكار.
وجاء في المصباح: احتكر فلان الطعام، إذا احتبسه إرادة الغلاء، والاسم الحُكْرة، مثل الغرفة من الاغتراف، والحَكَر (بفتح الحاء والكاف أو إسكانها) بمعنى الاحتكار.
وجاء في «مقاييس اللغة»: (٢/ ٩٢) ما يقرب من هذا المعنى.
وفي «مختار الصحاح» للرازي: احتكار الطعام جمعه وحبسه يتربص به الغلاء. وفي «أساس البلاغة» للزمخشري: فلان حَكِر (بفتح الحاء وكسر الكاف) وهو المحتجن للشيء، المستبد به ـ واحتكر الطعام: احتبسه للغلاء.
فالمفاهيم اللغوية للاحتكار وما اشتق منه، لا تبعد عن المعنى الفقهي، لأن حبس الطعام انتظاراً لغلائه، هو المضمون العام للمعنى الفقهي، وأما الإساءة والظلم، والسوء، فهي مآلات وثمرات للاحتباس، إرادة الغلاء، وتربُّصه بالناس.

(٢) «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٢٠ ـ ٢٢١).

٢ ـ ويقول صاحب كشاف القناع: (وهو ـ أي الاحتكار ـ في القوت ـ أن يشتريه للتجارة، ويحبسه، ليقل فيغلو)[١].

٣ ـ ويذهب الشافعية إلى أن الاحتكار هو «اشتراء القوت ـ وقت الغلاء ـ لإمساكه وبيعه بأكثر من ثمنه»[٢].

ويقول الإمام الغزالي في الاحتكار: «فبائع الطعام يدَّخر الطعام ينتظر به غلاء الأسعار»[٣].

٤ ـ ويقول ابن عابدين: «اشتراء طعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء»[٤].

وجاء في الفتاوى الهندية: (وذلك ـ الاحتكار ـ أن يشتري طعاماً في مصر ويمتنع من بيعه)[٥].

٥ ـ وفي «المنتقى على موطأ الإمام مالك»: «هو الادخار للبيع والربح بتقلب الأسواق، فأما الادخار للقوت، فليس من باب الادخار»[٦].

وجاء في «المدونة»: أن «الحُكْرَةَ في كلِّ شيءٍ في السوق، من الطعام، والزيت والكتان، وجميع الأشياء، والصوف، وكل ما أضر بالسوق»[٧].

ب ـ تحليل ومقارنة هذه التعاريف ونقدها أصولياً:

١ ـ أما تعريف الشوكاني، فيرد عليه أنه بظاهره غير مانع، إذ يدخل فيه حبس السلع والامتناع عن بيعها في الظروف العادية حيث لا يضر بالناس هذا الحبس، وهو

(١) «كشاف القناع»: (٣/ ١٥١).
(٢) «المهذب للشيرازي»، (١/ ٢٩٢).
(٣) «إحياء علوم الدين»: (٢/ ٢٤).
(٤) «حاشية الدر»: (٥/ ٢٧٨).
(٥) «الفتاوي الهندية»: (٣/ ٢٣١ ـ ٢١٤).
(٦) «المنتقى على موطأ مالك»: (٥/ ١٥ وما يليها).
(٧) «المدونة»: (١٠/ ١٢٣)، وأضرَّ بالسوق أي بأهله ورواده المشترين. وفي «شرح الزرقاني على الموطأ»: (٣/ ١٢٤) «الحكرة، اسم من احتكر الطعام، إذا حبسه إرادة للغلاء».

غير محرم، إذ الاحتكار ـ بما هو ـ في الأصل ـ تصرف في حق الملكية ـ ليس محرماً لذاته، بل لأثره، نعم! يستوي ـ في نظر الشارع ـ أن يكون الاحتكار وقت الغلاء، استغلالاً لهذه الأزمة القائمة، أو أن يكون الاحتكار حالة السّعة والرخص، فيؤدي إلى نشوء أزمة لم تكن، لوحدة الأثر في الحالين، وهو علة الحكم ومناطه، فكان ينبغي أن يشير إلى ذلك الأثر، قيداً في التعريف.

هذا، وجعل الإمام الشوكاني «السلع» مُتَعلَّقاً للحبس، فإن كان يقصد به التقييد، أو الحصر، لينفي حكم الاحتكار عما عداها، فالتعريف يغدو غير جامع، لأن الاحتكار ـ منظوراً إليه من حيث الأثر وسوء النتائج ـ يستوي أن يكون مُتَعلَّقه، السلع وغيرها من الأعمال والمنافع، إذا اضطرت عامة المسلمين إليها، أو مستهم الحاجة في معايشهم، أو فيما تقوم به مصالحهم، إلى الانتفاع بها، أو استيفائها، ولاسيما أن الإمام الشوكاني يرى أن علة تحريم الاحتكار هو الضرر العام.

أما إن لم يقصد به التقييد، أو لم يكن صالحاً له، لأنه لقب، فإيراده من أجل تصوير كثرة احتكاره، وقوعاً، أو لأهميته لا للتقييد به، فيفيد التعميم حينئذ لعموم علته.

أغفل التعريف القيود التي تجعل الاحتكار أضيق مفهوماً، قصداً إلى الإطلاق، وربطاً لحكم الاحتكار بمناطه، وهو الضرر العام، فلم يشترط مثلاً ـ تحديداً لمفهومه ـ الشراء من السوق، أو عدم استغلال المادة المحتكرة من ضيعته، أو عدم جلبها واستيرادها من الخارج، وعلى هذا، فالاحتكار يشمل بحكمه كل أولئك، وبذلك اتسم هذا التعريف بالشمول والإطلاق.

٢ ـ أما تعريف صاحب كشاف القناع، فيبين جوانب من مفهوم الاحتكار في تصوره، إذ يشير إلى أنه الحبس بقصد الإغلاء، وهذا «القصد»، هو ما جاءت به أدلة تحريم الاحتكار التي سنذكرها في موضعها، لأن القصد السيئ يستوجب الإثم، لكن لا بد أن يصحب هذا القصد فعل الاحتكار، لينتج أثره، وهو الضرر.

كما يجلّي ضرورة اتجاه توفر القصد من الشراء إلى الاتجار، لا توفيراً للمؤونة

والقوت، ولا شك أن شراء الأشياء وحبسها لإغلاء أسعارها، بسبب قلتها في الأسواق، وحاجة الناس إليها، يستلزم عقلاً وقوع الضرر بعامة المسلمين، وهو علة التحريم، وكان الأولى أن يصرح بما علم من تعريفه التزاماً وضمناً.

وفي قوله: «ليقل فيغلو» إشارة إلى قانون العرض والطلب في الاقتصاد، إذ بحبس السلع وقلة عرضها في السوق احتكاراً، ترتفع أثمانها، فيضارّ العامة بالغلاء.

على أن ظاهر التعريف يقصر الاحتكار على ما هو مشترى من المدينة، ولا يشمل المجلوب (المستورد) من الخارج، أو المستغل من قرية المحتكر.

هذا، وواضح أيضاً أنه يقصر الاحتكار على ما يُتَقَوَّتُ به من الطعام، سيأتي البحث فيه.

٣ ـ وأما تعريف الغزالي[١] فهو وإن كان يجعل قوام الاحتكار مجرد الادخار والاحتباس، قصد التربص بالناس الغلاء، وهو قصد غير مشروع، لما يترتب عليه الإضرار بالجماعة، غير أن قصر الاحتكار على الطعام فيه نظر، وهذا المعنى قرره ابن عابدين وصاحب الفتاوى الهندية، أيضاً.

هذا، والإمام الغزالي، لم يقيد لاحتكار بشرط الشراء من سوق المدينة، بل اكتفى ـ كما قلنا ـ بمجرد الاحتباس، وهو ما اعتمده الإمام الباجي وصاحب «المدونة»[٢].

ج ـ ما اتفقت عليه التعاريف:

يستنتج من كل ما ذكرنا من التعاريف، أن الاحتكار قوامه حبس الطعام أو القوت، لإغلاء سعره على الناس، بسبب قلة وجوده أو انعدامه في الأسواق، فيغلو سعره.

كما اتفقت على ضرورة توفر قصد التربص بالناس الغلاء، غير أن بعضها قد صرح به، وبعضها فهم منه التزاماً.

---

(١) وهو شافعي المذهب.

(٢) الإمام الباجي من أعلام مجتهدي الفقه المالكي.

لم تحدد هذه التعاريف نسبة الغلاء، أو مقدار جسامة الضرر، فيردُّ إلى العرف.

أما القيود التي اختلف فيها، فنرجئ البحث فيها إلى مقامها من شروط الاحتكار.

د ـ تعريفنا للاحتكار:

الاحتكار هو حبس مالٍ أو منفعةٍ أو عملٍ، والامتناع عن بيعه، أو بذله، حتى يغلو سعره غلاءً فاحشاً غير معتاد، بسبب قلته، أو انعدام وجوده في مظانّه، مع شدة حاجة الناس أو الدولة أو الحيوان إليه.

هـ ـ ما يستخلص من هذا التعريف:

أولاً ـ أوضح التعريف حقيقة الاحتكار من أنه حبس ما يحتاج إليه الناس مطلقاً، سواء أكان طعاماً أم غيره، مما يكون في احتباسه إضرار بالناس، وتضييق الحياة عليهم، وهذا بإطلاقه شاملٌ لكل شيء من المواد الغذائية، والثياب، ومنافع الدور، والأرضين، والأدوية، وآلات ومواد الإنتاج الزراعي والصناعي، كالمحاريث والأسمدة، كما يشمل منافع وخبرات العمال، وأهل المهن والحرف والصناعات، والفنيين، وأصحاب الكفاءات العلمية، إذا احتاجت الأمة إلى مثل تلك السلع والمنافع والخدمات، إذ «المناط» هو حقيقة الضرر من حيث هو بقطع النظر عن نوع الشيء المحتكر، فيجبر هؤلاء على بذل ما لديهم، رعايةً لحق الأمة، ودفعاً للضرر عنها في مثل هذه الظروف، بالثمن أو أجر المثل العادل، إذا امتنعوا عن ذلك

وأساس ذلك، أن كل ما لا تقوم مصالح الأمة أو الدولة إلّا به، فهو واجب تحصيله وبذله.

ثانياً ـ لم يقيد التعريف ـ كما ترى ـ بما إذا كانت الأموال المحتكرة مجلوبة (مستوردة) من الخارج، أو كانت موجودة في سوق المدينة فاشتريت وحبست، أو كانت مستغلة من أرض المحتكر نفسه.

ثالثاً ـ شمل التعريف كلَّ ما أضر بالإنسان والدولة والحيوان حبسه، وذلك من

مميزات الشريعة الإسلامية التي شملت أحكامها الرفق بالحيوان، **«في كل ذات كبد رطبة أجر»**[(١)].

رابعاً ـ أبرز التعريف ظاهرة «الحاجة» التي هي مناط تحريم الاحتكار، وتشريع أحكامه، إذ ليس كل ظرف يعتبر فيه حبس هذه الأشياء احتكاراً محرماً، بل ظرف الحاجة الذي يوقع في الضرر، هو «المناط» حتى إذا لم يتحقق هذا المناط كان اختزاناً، أو ادخاراً مُباحاً، لأنه تصرف في حَقِّ الملكية، بل قد يكون واجباً إذا كان اختزاناً احتياطياً، كما سيأتي.

وأنت تعلم أن مبنى التقييد بالحاجة هو أن دفعها، أو الوفاء بها من مقاصد التشريع العامة (الحاجيات) فيشرع لها من الحكم ما يناسبها، إيجاباً أو سلباً، استثناء من قواعد الشرع.

على أن الإمام الغزالي، والإمام مالك، ذهبا إلى أن احتكار الأقوات في حالة السعة والرخاء مكروه[(٢)]، لأن المواد الغذائية الأساسية يجب أن تبذل ويكثر عرضها على الدوام، ليرخص سعرها إلى أكبر حد ممكن، تيسيراً على الناس، ولاسيما الفقراء.

أصول منع الاحتكار أو الأدلة التفصيلية الناهضة بتحريمه واردة في السنة وآثار الصحابة فحسب:

غير أن الأدلة الإجمالية في القرآن الكريم[(٣)] تؤيد مقتضى تلك الأدلة التفصيلية.

---

(١) والواقع أن رعاية الحيوان وتأمين حياته، مصلحة غير مباشرة للإنسان نفسه فضلاً عن المعنى الإنساني من الرفق بالحيوان. والحديث أخرجه البخاري: ٢٣٦٣، ومسلم: ٥٨٥٩، وأحمد: ٨٨٧٤، من حديث أبي هريرة.

(٢) «نيل الأوطار» للشوكاني: (٥/ ٢٢١)، و«المنتقى على موطأ مالك» للباجي: (٥/ ١٥ ـ ١٧)، و«إحياء علوم الدين»: المرجع المشار إليه سابقاً.

(٣) ذهب بعض الصحابة والتابعين إلى أن الاحتكار ثابت تحريمه بالقرآن الكريم، بقوله تعالى: ﴿وَمَن يُرِدْ فِيهِ بِإِلْحَادٍ بِظُلْمٍ نُّذِقْهُ مِنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [الحج: ٢٥]. والواقع أن مباشرة كل منهي عنه في مكة يعتبر إلحاداً بظلم، فالآية ليست نصاً في موضوعنا، «تفسير ابن كثير»: (٣/ ٢١٥). [ط. الرسالة ناشرون ٢٠٠٨]. =

أ ــ أدلة السنة في تحريم الاحتكار ومنعه:

أولاً ـ عن سعيد بن المسيَّب عن مَعْمَر بن عبد الله العدوي، أن النبي ﷺ قال: «**لا يَحتكرُ إلّا خاطئ**»[١].

ثانياً ـ عن مَعْقل بن يسار قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ دخلَ في شيءٍ من أسعار المسلمين، ليُغليه عليهم، كان حقّاً على الله أن يُقْعِدَهُ بِعُظْمٍ**[٢] **من النار يومَ القيامة**»[٣].

ثالثاً ـ وعن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «**من احتكر حُكْرةً**[٤] **يريد أن يُغْليَ بها على المسلمين فهوَ خاطئ**»[٥].

رابعاً ـ وعن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «**الجالبُ مرزوقٌ، والمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ**»[٦].

خامساً ـ وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «**من احتكرَ الطَّعامَ أربعين ليلةً، فقد بَرِئ من الله، وبَرِئَ اللهُ منه**»[٧].

بحث حكم الاحتكار مقارناً

اتفقت كلمة الفقهاء والأصوليين على أن الاحتكار غير مشروع.

= على أن مما ينهض بتحريم الاحتكار من عمومات القرآن الكريم، كثير، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلْقِسْطِ﴾ [المائدة: ٨] وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢] وقوله سبحانه: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] وكذلك من عمومات السنة مثل هذه المعاني.

(١) أي آثم في فعله ـ «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٢١). والحديث، أخرجه مسلم: ٤١٢٣، وأحمد: ١٥٧٥٨.

(٢) بكسر الباء وضم العين وتسكين الظاء ـ أي بمكان عظيم من النار ـ «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٢٢).

(٣) أخرجه أحمد: ٢٠٣١٣، وإسناده جيد.

(٤) بضم الحاء وتسكين الكاف وفتح الراء ـ اسم من الاحتكار ـ .

(٥) أخرجه أحمد: ٨٦١٧، وهو حديث حسن لغيره.

(٦) أخرجه ابن ماجه: ٢١٥٣.

(٧) أخرجه أحمد: ٤٨٨٠.

يقول الشوكاني في هذا الصدد: «ولا شك أن أحاديث الباب تنتهض بمجموعها للاستدلال على عدم جواز الاحتكار، ولو فرض عدم ثبوت شيء منها في الصحيح، فكيف وحديث مَعْمر المذكور في صحيح مسلم؟ والتصريح بأن المحتكر خاطئ، كافٍ في إفادة عدم الجواز، لأن الخاطئ المذنب العاصي»[1].

اجتهادات الفقهاء في الحكم التكليفي للاحتكار في ضوء الأدلة الواردة في السنة:

تتلخص اجتهادات الفقهاء في حكم الاحتكار في اتجاهين:

الأول: أن الاحتكار حرام. وهو مذهب الجمهور من الشافعية والمالكية، والحنابلة والظاهرية، والزيدية والأباضية، وبعض الإمامية، والكاساني من الحنفية.

الثاني: أن الاحتكار مكروه تحريماً[2]: وهو مذهب جمهور الحنفية[3].

ونعرض فيما يلي لحكم الاحتكار في المذاهب الفقهية، تفصيلاً.

أولاً ـ المذهب الشافعي[4]:

ذهب الشافعية إلى أن الاحتكار حرام. والأصل في ذلك عندهم، حديث «معمر» في صحيح مسلم، وهو قوله ﷺ: «**لا يحتكر إلّا خاطئ**»[5].

قالوا: «والخاطئ هو العاصي، والعصيان لا يكون إلّا في مباشرة فعل محرم».

ثانياً ـ مذهب الحنابلة:

وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية، من تحريم الاحتكار، جاء في المغني

---

(١) «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٢١)، و«سبل السلام»: (٣/ ٣٢).

(٢) الكراهة إذا أطلقت في مذهب الحنفية، انصرفت إلى الكراهة التحريمية، والواقع أن لا فرق بين التحريم، والكراهة التحريمية، من الناحية العلمية، لأن كليهما يقتضي المنع، غير أن الفرق بينهما من حيث الاعتقاد، فمنكر المحرم كافر، أما منكر المكروه تحريماً فلا يكفر، بل يضلل.

(٣) «الزيلعي»: (٦/ ٢٧)، و«الاختيار»: (٣/ ١١٥)، و«مجمع الأنهر»: (٢/ ٥٤٧)، و«الدر المختار»: (٥/ ٣١٥).

(٤) «مغني المحتاج»: (٢/ ٣٨)، و«المهذب»: (١/ ٢٩٢).

(٥) أخرجه مسلم: ٤١٢٣، وأحمد: ١٥٧٥٨.

(لابن قدامة) «الاحتكار حرام». لما روى الأَثْرَم عن أبي أمامة قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يُحْتكرَ الطعام»[١].

وما روي عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «**من احتكر فهو خاطئ**»[٢].

وفي كشاف القناع: «ويحرم الاحتكار في قوت الآدمي فقط»[٣].

ثالثاً ـ اجتهاد الإمام الكاساني من الحنفية:

ذهب الإمام الكاساني إلى أن الاحتكار حرام، مخالفاً بذلك جمهور الحنفية. جاء في كتابه «البدائع»[٤] ما اعتمده من أدلة، وتوجيهه للاستدلال بها، ما يلي: «وأما حكم الاحتكار فنقول: يتعلق بالاحتكار أحكام: منها الحرمة، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**المحتكر ملعون، والجالب مرزوق**»[٥]، ولا يلحق اللعن إلّا بمباشرة المحرم، وروي عنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنه قال: «**من احتكر طعاماً أربعين ليلة، فقد برئ من الله، وبرئ الله منه**»[٦]. ومثل هذا الوعيد، لا يلحق إلّا بارتكاب الحرام، ولأن الاحتكار، من باب الظلم، لأن ما بيع في المصر، فقد تعلق به حق العامة، فإذا امتنع البائع عن بيعه عند شدة حاجتهم إليه، فقد منعهم حقهم، ومنع الحق عن المستحق ظلم، وأنه حرام»[٧].

وعمدة الإمام الكاساني ـ كما ترى ـ نوعان من الأدلة:

الأول: نقلي **الثاني**: عقلي.

أ ـ أما الدليل النقلي: فقوامه أحاديث الباب، ورأيت وجه استدلاله بها على

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة: (٥/ ٤٧)، والطبراني في «الكبير»: ٧٦٧٨، والبيهقي في «الكبرى»: (٦/ ٣٠).

(٢) أخرجه مسلم: ٤١٢٢، وأحمد: ١٥٧٥٨.

(٣) «المغني» لابن قدامة: (٤/ ٢٢٠)، و«كشاف القناع»: (٣/ ١١٥).

(٤) «البدائع» للكاساني: (٥/ ١٢٩).

(٥) أخرجه ابن ماجه: ٢١٤٤، وعبد الرزاق: ١٤٨٩٤، والحاكم: ٢١٢٣، والبيهقي في «الكبرى»: (٦/ ٣٠). من حديث عمر.

(٦) أخرجه أحمد: ٤٨٨٠، من حديث ابن عمر.

(٧) المرجع السابق.

«التحريم» عن طريق اللوازم العقلية لتلك الأدلة، إذ يلزم عقلاً، من الوعيد الشديد بالنار، ومن اللَّعن، والبراءة من ذمة الله تعالى، وذمة المسلمين، أنه حرام.

هذا، ومن المقرر أصولياً، أن النص الدال على الملزوم دال على لازمه، وهو ما يسمى دلالة الإشارة[١].

ب ـ **وأما الدليل العقلي**، فكان وجه الاستدلال به منطقياً مُحكَماً، ذلك لأنه احتكم على ما ينهض على أصل النظر في المآل من حكم، فالاحتكار أثره ومآله الضرر بالعامة، إذ يواجه إخلالاً بحقهم، بل منعهم إياه، والمنع من إيصال الحق إلى مستحقه ظلم، والظلم حكمه معلوم من الدين بالضرورة، وهو الحرمة شرعاً وعقلاً.

وهذه النتيجة المنطقية لم يصل إليها جمهور الحنفية، على ما استقر عندهم من اجتهاد أصولي، فيتطرق إلى استدلالهم الوهن من حيث الربط بين المقدمة والنتيجة، على ما سيأتي تفصيله.

رابعاً ـ مذهب المالكية[٢]:

ذهب المالكية إلى أن الاحتكار ممنوع[٣].

جاء في «المنتقى شرح موطأ الإمام مالك» ما يلي: «فالذي رواه ابن المواز وابن القاسم عن مالك، أن الطعام وغيره، من الكتان والقطن، أو جميع ما يحتاج إليه، في ذلك سواء، فيمنع من احتكاره ما أضر بالناس، ووجه ذلك، أن هذا مما تدعو الحاجة

---

(١) راجع بحثاً مستفيضاً في «الدلالات» في «المناهج الأصولية للاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» ص٢٠٩ وما يليها، للمؤلف، وراجع أصول التشريع الإسلامي بحث «إشارة النص» ص٢١٩ وما يليها للمؤلف.

(٢) «المنتقى» للباجي: (٥/ ١٥ ـ ١٦)، و«المدونة الكبرى»: (١/ ١٢٣).

(٣) يعبر الإمام مالك بالمنع بدلاً من التحريم، اتقاءً وتحرجاً من المنهي عنه في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا۟ لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ ٱلْكَذِبَ هَٰذَا حَلَٰلٌ وَهَٰذَا حَرَامٌ﴾ [النحل: ١١٦]. وأيضاً لعلَّ المالكية آثروا التعبير بالمنع هنا، خروجاً من الخلاف بين من قال بالتحريم ومن قال بالكراهة التحريمية، لأن هذه التفرقة لا أثر لها من الناحية العلمية، إذ مؤدى الرأيين عملاً هو المنع، والفارق بينهما من حيث الاعتقاد فقط كما أشرنا.

إليه لصالح الناس، فيجب أن يمتنع من إدخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام»[١].

وجاء في «المدونة الكبرى»: «وقال: وسمعت مالكاً يقول: «الحكرة في كلّ شيء في السوق، من الطعام والزيت والكتان، وجميع الأشياء، والصوف، وكل ما أضر بالسوق[٢]. . . قال مالك: يمنع من يحتكره».

ما يستخلص من فقه المالكية في حكم الاحتكار، وأثره، على مفهوم الحق والحريات العامة.

أولاً ـ منع الاحتكار بسُلطان الدولة.

ثانياً ـ وجوب رفع الضرر عن المجتمع، ولو كان منشؤه استعمال حق مشروع في الأصل، وبذلك يتقيد المالك بما لا يضر بعامة المسلمين، وهذا مفهوم من تعليلهم، ووجوه استدلالهم بالأدلة، الأمر الذي ينتفي معه عن الحق المعني الفردي المطلق الذي يبيح لصاحبه التصرف فيه كيف شاء، على ما يقضي به المذهب الفردي في الفقه الوضعي، كما يبيح للفرد أن يؤثّل الثروات، من أي طريق كان، ولو أضر بالمجتمع، بل نرى الفقه المالكي يضمِّن الحق[٣] معنى اجتماعياً يتقيد صاحب الحق بمراعاته، وهو عدم الإضرار بالعامة، عملاً بالمبدأ العام الذي يرد قيداً على الحقوق الفردية كـ: «حق الغير محافظ عليه شرعاً»[٤].

ثالثاً ـ ذكر أنواعاً من المواد الغذائية وغيرها، كالكتان والصوف، مما لا يترتب

---

(١) «المنتقى» للباجي: (٥/١٦). وقوله: «فيمنع من احتكاره، ما أضرَّ بالناس» تصريح بعلة المنع، ومناطه.

(٢) المراد بالسوق أهله وروَّاده المشترون.

(٣) والمعنى الاجتماعي للحق قد ظهر أيضاً في تعليل الحنفية، إذ قالوا: إن المحتكر تعلق حق العامة بما احتكره، إذا تسبب في إغلاء السعر على الناس، وتعدى فيه تعدياً فاحشاً، بمعنى أن تصرفه فيما يملك، أضحى مقيداً بمراعاة حق عامة المسلمين، لأنه ـ في هذه الظروف ـ لم يعد حقاً خالصاً له، ولا يقصد بالتعلق إلّا هذا، راجع كتابنا: «نظرية التعسف في استعمال الحق» مقدمة الطبعة الثانية ـ طبع مؤسسة الرسالة ١٩٧٧م.

(٤) الموافقات: (٢/ ٣٢٢).

على ارتفاع أسعارها بلوغ الناس مستوى الضرورة، بل إيقاعهم في حرج ومشقة، وهذه هي «المصلحة الحاجية» التي يخصص بها المالكية العمومات، ومقتضى القواعد، والأقيسة العامة.

خامساً ـ مذهب الظاهرية:

ذهب الظاهرية إلى أن الاحتكار حرام.

جاء في «المحلّى» لابن حزم: «والحُكْرة المضرة بالناس حرام، سواء في الابتياع، أو في إمساك ما ابتاع، ويمنع من ذلك، والمحتكر في وقت رخاءٍ ليس آثماً، بل هو محسن»[١].

تتعلق الحرمة ـ في فقه الظاهرية ـ بحرية التجارة أو حق التملك[٢] إذا أدى إلى الإضرار بعامة المسلمين، بشراء ما يحتاجونه، حتى يقل فيغلو، كما تتعلق أيضاً بتصرفه فيما امتلك فعلاً، تصرفاً سلبياً، على وجه ضار بالمسلمين.

ويقول أيضاً: «كان رسول الله ﷺ يحبس نفقة أهله سنة.. فصح أن إمساك ما لا بد منه مباح، والشراء مباح، والمذكور بالذم، هو غير المباح بلا شك»[٣].

فابن حزم يحمل الاحتكار على ضربين من التصرف:

أولهما ـ الشراء، وقت الحاجة والغلاء بما يزيد عن القوت لمدة سنة، سواء أكان المشتري تاجراً، أم غير تاجر، واستدل على جواز شراء وإمساك القوت لمدة سنة، بما صح من فعله ﷺ.

---

(١) «المحلى» لابن حزم الأندلسي: (٩/ ٦٤ وما يليها).

(٢) فرق بين حرية التجارة أو حق التملك من جهة، وبين حق الملكية، من جهة أخرى، لأنَّ من ملَكَ أن يَملِك لا يُعدُّ مالكاً، فحق التملك مكنة أو مجرد إباحة، حتى إذا ملك فعلاً بسبب من أسباب كسب الملكية المعهودة في الشرع، كان مالكاً، وثبت له بمقتضى هذا الحق سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال فيما يملك، وكان في مركز ممتاز قبل الكافة، بما يتمتع به من ميزة الاستئثار والاختصاص.

(٣) المرجع السابق.

الثاني ـ امتناع التجار عن بيع ما يملكونه فعلاً وقت الغلاء، إضراراً بالمسلمين.

هذا، وأكد ابن حزم، أن الاحتكار ليس محرماً لذاته بل لمآله، والمآل يختلف باختلاف الظروف التي تؤثر في تشكيله، وهو علة حكمه، ومناطه الخاص[(١)].

وتأسيساً على هذا، فالاحتكار وقت الرخاء ـ في نظر ابن حزم ـ إحسان، إما لأن الشراء من الجالبين المستوردين يحفزهم ويشجعهم على كثرة الجلَب والاستيراد، فيحول ذلك دون نشوء الأزمات، وإما لأن الادخار وقت الرخص والرخاء، يقصد به التوسعة على الناس وقت الحاجة، وذلك بإخراج المدَّخَر، وعرضه في السوق[(٢)]، على النحو الذي كان عليه صنيع سعيد بن المسيب.

فاختلف حكم الاحتكار باختلاف القصد والظرف، لما في ذلك من أثر على مآل هذا التصرف، والتصرفات محكومة بنتائجها.

سادساً ـ مذهب الزيدية:

ذهب الزيدية إلى أن الاحتكار حرام.

قالوا: والأغلب في دفع الضرر عن العامة، إنما يكون في منع احتكار كل ما يضرّ بهم[(٣)].

---

(١) لا نعني بالمناط الخاص، أنه خاص بالاحتكار، وإنما نقصد أنه دليل تحريمه الناشئ عن مآله، تمييزاً له عن «المناط العام» الأصلي الذي يقضي بمشروعية التصرف في الملك، قبل طروء عارض الاحتكار وأثره.

(٢) وسيأتي أن بعض الفقهاء، يرى أنَّ على وليّ الأمر أن يحتكر وقت الرخاء ما عسى أن يحتاج إليه الناس مستقبلاً، في مخازن الدولة، أو يستورده ويختزنه على سبيل الاحتياط، حتى إذا احتاج الناس إليه، أخرجه، تفريجاً لأزمتهم، وتفادياً لآثار احتكار التجار إن استغلوا هذه الأزمة. وهذا النوع من الاحتكار واجب لا جائز فحسب، وهو يشبه ادخار الرسول ﷺ القوت لعياله، لمدة سنة، وادخار رب الأسرة كذلك قياساً، والدولة عائلة كبيرة، وولي الأمر راعيها. **«كلكم راعٍ، وكلكم مسؤول عن رعيته»** [أخرجه البخاري: ٨٩٣، ومسلم: ٤٧٢٤، وأحمد: ٦٠٢٦، من حديث ابن عمر]. انظر «شرح صحيح مسلم للإمام الأبيّ المالكي»: (٤/ ٣٠٤). وهذا معقول؛ لأنه على النقيض من الاحتكار المحرم، قصداً وأثراً.

(٣) «البحر الزخار»: (٣/ ٣١٩). هذا، وقد ذهب الإباضية إلى تحريم الاحتكار أيضاً، قالوا: والنهي عن الاحتكار أشد من النهي عن غيره من البيوع الممنوعة، لانتظار المحتكر اللعنة بالاحتكار، لحديث =

سابعاً ـ مذهب جمهور الحنفية:

ذهب الحنفية ـ ما عدا الإمام الكاساني[١] ـ إلى أن الاحتكار مكروه تحريماً[٢].

جاء في «تبيين الحقائق»: «ويكره الاحتكار في القوت إذا كان يضر بأهل البلد، لقوله: «**الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون**»[٣]، ولأنه تعلق به حق العامة، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم، وتضييق الأمر عليهم، فيكره[٤] إذا كان يضر بهم ذلك، بأن كانت البلدة صغيرة، بخلاف ما إذا لم يضر، بأن كان المصر كبيراً، لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره»[٥].

غير أن جمهور الحنفية ـ على التحقيق ـ لا يطلقون القول بالكراهة التحريمية

= «**المحتكر ينتظر اللعنة**» [أخرجه الطبراني في «الكبير»: (١٣٥٦٧)، من حديث العبادلة]. وانظر «شرح النيل»: (٤/ ١٠٢).

أما الشيعة الإمامية، فقد ذهبوا إلى كراهة الاحتكار، غير أن بعض فقهائهم يرى أن الاحتكار يختلف حكمه تبعاً لمدى قوة تأثيره على العامة، فيكون الاحتكار مكروهاً أو حراماً، بالنظر لتفاوت الأثر قوة وضعفاً، وهذا تفقه جيد.

(١) «البدائع»: (٥/ ١٢٩).

(٢) «تبيين الحقائق»: (٦/ ٢٧)، «حاشية الدر» لابن عابدين: (٥/ ٢٧٨). و«الاختيار» للموصلي: (٤/ ٢٢٦). «الخراج» لأبي يوسف: ص١٠٥ .

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢١٥٣، من حديث عمر بن الخطاب.

(٤) وانظر أيضاً في «الفتاوى الهندية»: (٣/ ٢١٤).

(٥) في هذا إشارة إلى أن أصل الفعل مشروع، وإنما انصب النهي على الأثر، فتعارض حكم الأصل وحكم الأثر ـ كما ترى ـ فوجب على المجتهد الموازنة والترجيح، إذ لا يجوز أن يترك المجتهد التعارض قائماً دون رفعه، وتحري مقصد الشارع من هذين الحكمين، بما وضع في مناهج البحث من قواعد للتنسيق، فيناط الحكم سلباً وإيجاباً بما غلب من الضرر أو النفع. وإذا كان حكم الاحتكار من باب سد الذرائع، وهو قائم على أساس تعارض أصلين أو دليلين ـ كما رأيت ـ ولا بد من ترجيح أحدهما على الآخر بقوة الدليل، فكيف يسوغ لباحث، فضلاً عن الأصولي، أن يسند إلى بعض الأئمة عدم الأخذ بقاعدة الذرائع هذه، وهي لا تتعدى قاعدة التنسيق بين دليلين متعارضين في التطبيق؟ بل قد ورد ذلك في السنة فيما نحن بصدد البحث فيه.

لجميع حالات الاحتكار وظروفه، بل يذهبون إلى التفاوت في الحكم، تبعاً للحالات المختلفة من حيث الشدة والضيق، إذ يقولون: «ثم يقع التفاوت بين أن يتربص للغلاء، وبين أن يتربص للقحط، فوبال الثاني أعظم من وبال الأول»[1].

والفلسفة الأصولية التي ينهض عليها اجتهاد جمهور الحنفية في حكم الاحتكار هذا، مستخلصة من النص السابق، تبدو فيما يلي:

أولاً: أن الاحتكار يتعاوره أصلان تعارضاً.

أما الأصل الأول، فهو حِلُّ البيع والشراء بمقتضى حق الملكية، أو حرية التملك، بناءً على أصل الحل العام، أو الإباحة الأصلية.

والأصل الثاني: ما جاء من النهي عن الإضرار، لقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**»[2]، لكن النهي هنا لا لذات الفعل (الاحتكار)، بل لعارض مجاور منفك، وهو الضرر الذي ينشأ عن الاحتكار، ومن المتصور أن ينفكَّ عنه، إذ يمكن أن يتمَّ البيع والشراء على وجه لا يلحق ضرراً بالغير، فلا تلازم، ومن ثم لا يتسرب النهي إلى أصل الفعل، إذ ما دام التصرف والضرر متجاورين منفكين، فلا يعتبران بالتالي وحدة كاملة، بحيث يتسرب النهي من أحدهما إلى الآخر ضرورة.

وتأسيساً على هذا، فلمكان مشروعية أصل الفعل من حيث هو تصرف في حق الملكية، لا يقال بالتحريم، لأن هذه شبهة تحول دون الحكم بذلك، فقالوا بالكراهة التحريمية.

وأيضاً التحريم بمقتضى أصول الحنفية ـ ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه، وأحاديث الباب أحادية لا تفيد إلا الظن الراجح لا القطع.

إذن القول بالكراهة التحريمية ـ في اجتهاد الحنفية ـ اقتضاه أمران:

---

(١) إشارة إلى أن حكم الفعل منوط بأثره كما أشرنا.

(٢) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣ من حديث جابر بهذا اللفظ، وهو عند ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام».

الأول: التوفيق بين الأصلين المتعارضين ما أمكن.

الثاني: أن أحاديث الباب أحادية لا تفيد القطع.

والتحريم ـ بمقتضى أصول فقههم ـ لا بد أن يكون إمّا لذَات الفعل، أو لأمر لازم له، ولا ينفك عنه، بدليل قطعي لا شبهة فيه، وكل ذلك لم يتوفر في الاحتكار، فقالوا بكراهته التحريمية، أو بعبارة أخرى مناط التحريم ـ في اجتهادهم ـ لم يتحقق في الاحتكار[1].

بينما لا يشترط جمهور الفقهاء ما اشترطه الحنفية، لثبوت مناط التحريم.

ومن ثم كان مرد الاختلاف بين الفريقين «تحقيق المناط» في قواعد الأصول، كما ترى[2].

مناقشة آراء المذاهب الفقهية في حكم الاحتكار

جملة أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بالسنة وآثار الصحابة والمعقول:

أ ـ أما السنة فما أوردنا من أحاديث الباب.

كما استدلوا باللوازم العقلية[3] لنصوصها العقابية.

فالخاطئ هو متعمد ارتكاب الإثم، والإثم محرم بالنص، قال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَٱلْإِثْمَ﴾ [الأعراف: ٣٣]. هذا فضلاً عن ورود النهي عن الاحتكار صراحة، والنهي ـ في اجتهاد الجمهور ـ يقتضي التحريم.

---

(١) راجع بحث «أثر النهي في العبادات والمعاملات»، «أصول التشريع الإسلامي» ص٥٦٥ ص٥٧٢ للمؤلف.

(٢) أما الإمام الكاساني، فقد رأى تحقق مناط التحريم في الاحتكار، لأنه ظلم والظلم حرام قطعاً.

(٣) اللازم العقلي هو المعنى الذي يحكم العقل بالتلازم المنطقي بينه وبين المعنى اللغوي تلازماً لا انفكاك له، فدلالة النص على هذا اللازم العقلي يسمى دلالة الإشارة، وهي حجة إجماعاً ـ كما أشرنا ـ لأن الدال على الملزوم دالّ على اللازم.

وأيضاً «اللَّعْن» لا يكون على أمرٍ مباح أو مكروه، لأن اللعن ـ في الأصل ـ هو الطرد من رحمة الله، وهذا المعنى وإن لم يكن مراداً بالنسبة للمؤمن، فلا أقل من أن يراد به أشد الذم والقبح، وهو يقتضي التحريم لزوماً.

وأيضاً، يلزم عقلاً وشرعاً من الوعيد الشديد بجعل جزاء المحتكر الإلقاء في مكان عظيم من النار، يوم القيامة، أن يكون محرماً بلا ريب، لأن هذا الوعيد، أشد مما ورد في سائر البيوع الممنوعة، وكذلك «البراءة» من ذمة الله وذمة المسلمين، تستلزم ذلك.

هذا، وقد أشرنا إلى أن الإمام الكاساني يستند في استدلاله على الأدلة القاطعة في تحريم الظلم، وتحريم الضرر العام، إيقاعاً، وهذا يستلزم منع التسبب في ذلك، ووجوب إزالته إذا وقع، بالحديث المشهور الذي أرسى قاعدة عامة تشهد لها جزئيات في الشريعة وكليات: «**لا ضرر ولا ضرار**»[1].

وهذه القاعدة القطعية المضمون[2]، حاكمة على التشريع كله، إلّا ما استثني بدليل من الشارع نفسه، كجزاء أو عقوبة، تقتضيها أصول العدل في الإسلام.

وأيضاً في الاحتكار ظلم العامة، لأن حقهم متعلق بما احتكر وقت الأزمات، ومنع الحق عن مستحقه ظلم، والظلم محرم قطعاً، فمناط التحريم قد تتحقق في اجتهاد الإمام الكاساني على هذا النحو القاطع.

ب ـ أدلة الجمهور من آثار الصحابة:

نهى أئمة الاجتهاد من الصحابة، ولاسيما الخلفاء الراشدون، عن الاحتكار، بل قاوموه فعلاً.

فقد أُثِرَ عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «**لا حُكْرَةَ في سوقنا، لا يعمد رجالٌ بأيديهم**

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن وانظر «نيل الأوطار» للإمام الشوكاني: (٥/ ١٦١ وما يليها).

(٢) إذ لا تعني المصلحة شرعاً جلب النفع فحسب، لأن هذا هو وجهها الإيجابي، بل تعني أيضاً دفع المضرة، وهذا هو وجهها السلبي.

فضولٌ من أذهاب[١] إلى رزق الله، نزل بساحتنا، فيحتكرونه علينا»[٢][٣].

وروي عن عمر ﷺ أيضاً أنه قال: «لا تحتكروا الطعام بمكة، فإنه إلحاد بظلم»[٤].

وروي عن عثمان بن عفان ﷺ أنه كان ينهى عن الاحتكار[٥]. كما روي عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه أمر بطعام كان قد احتكر بشط الفرات فأُحرِق[٦].

ج ـ أدلة الجمهور من المعقول:

من المؤكد أن ليس من سمات هذه الشريعة السماوية التخالف أو التناقض ـ كما أسلفنا ـ لأنها كلٌّ متسق لا يتعارض فيها جزئيٌّ وكليٌّ، وإنما ينبغي أن يُفهم الجزئيُّ في ضوء هذا الكليِّ.

وفيما نحن فيه، الاحتكار تصرُّفٌ في حق الملك، وهو في الأصل مشروع. وهذا حكم جزئي، ولكن نشأت عنه أزمة جديدة، أو استغلت أزمة قائمة، وضرر عام،

---

(١) جمع ذَهَب، أي يملكون ثروات وأموالاً نقدية طائلة ـ فائضة عن حاجاتهم، يستخدمونها في التأثير على السوق، وتقلب أسعاره، تضييقاً على الناس، وإحداثاً للأزمات، ليستغلوها جشعاً، بديل أن يكون موقفهم ـ بما هم فيه من مركز اقتصادي ومالي قوي ـ العمل على تيسير الحياة على الناس، وهم قادرون على ذلك، لمكان ما أشار إليه الإمام عمر بصيغتي الجمع: فضول وأذهاب.
ثم إن عمر بن الخطاب ـ وهو الخليفة يومئذ ـ أصدر هذا المنشور، لا ليحرم الاحتكار فقط، ويؤكد المعنى الديني الذي صاغه الرسول ﷺ في أحاديث الباب، بل ليعقد مقارنة بين من يبذل جهده، ويتجشم مشقات السفر في ذلك العصر، ليحمل على عمود كبده في الشتاء والصيف ما يجلبه من خارج البلاد، ليوسع على الناس، ويسدُّ حاجاتهم، وبين الغني غنىً فاحشاً، وهو مقيم في بلده، لا يقوم بأي عمل سوى التلاعب بأسعار السوق، بفضل ذهبه الفائض!

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ»: (٢/ ٦٥١).

(٣) «المنتقى» للباجي: (٥/ ١٧).

(٤) أخرجه البخاري في «التاريخ الكبير»: (٧/ ٢٥٥) وانظر «الاختيار»: (٣/ ١١٥).

(٥) «المنتقى»: (٥/ ٧)، و«شرح الزرقاني على الموطأ»: (٤/ ١٢٤).

(٦) أخرجه البخاري في «التاريخ الكبير»: (٢/ ٩٥). وانظر «كنز العمال»: (٥/ ١٠٣)، و«الروض النضير»: (٣/ ٥٨٥)، و«المحلى» لابن حزم الأندلسي: (٩/ ٦٥).

فنهض على أساس طروء هذا العارض، دليلٌ تكليفيٌ كليٌ جديد[١]، وهو قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٢] إذ الشريعة لا تقف مكتوفة الأيدي أمام الظروف الاجتماعية المتغيرة، لأنها حقائق راهنة، فلكلٍ حالةٌ حكم، فتعارض حكمان في مسألة الاحتكار، أصلُ المشروعية مع حكم الضرر العام، إذ الدليل التكليفي الكلي يقضي بوجوب دفع الضرر، ومنع التسبب فيه، ولاسيما إذا كان عاماً، تحقيقاً لمصلحة عامة المسلمين، وصيانةً لحقهم، وسداداً لحاجاتهم، وهو أمرٌ مقطوعٌ به شرعاً.

أو بعبارة أخرى، نشأ عن هذا الظرف ـ وهو الاحتكار ـ حقٌّ لعامة المسلمين تعلّق[٣] بما يملكه المحتكرون، ويحتبسونه، وهو ما صرح به أئمة المذاهب والفقهاء جميعاً، من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والشافعية[٤] وغيرهم، ولاسيما الإمام الكاساني، كما رأيت، ولولا هذه الأزمة العارضة لما كان هذا التعلق، فوقع التعارض بين حكم جزئيٍ ـ وهو مشروعية تصرف المالك في ملكه ـ ومقتضى أصل كليٍ عام

---

(١) وهذا هو المناط الخاص بهذه الحالة، وهي حالة الاحتكار.

فالتعارض إذن قائم بين جزئي وكلي ـ كما ترى، ولا يجوز وقوعه في الشرع، بل لا يتصور، فلا بد من التنسيق بينهما، وذلك بمنع الاحتكار، وجبر المحتكر على إخراج السلع، أو بذل المنافع، بالسعر أو الأجر العادل، وهو سعر المثل، صيانة لحق المسلمين، بإيصال حقوقهم إليهم في الحصول على ما يحتاجون إليه وهو ما جاءت به السنة.

فالحق المطلق لا وجود له في الشرع، بل تجب مراعاة حق الغير من الفرد والمجتمع إبان استعماله كسباً وانتفاعاً.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٣) ومنشأ هذا «التعلق» هو نشوء الأزمة، وعارض الشدة، وكلما اشتدت وطأة الأزمة، ازداد تعلق حق المسلمين بما عند المحتكرين، وهذا أبلغ دليل على تحقيق التكافل الاجتماعي بين الفرد والمجتمع، بالتشريع الملزم في الإسلام، بل اعتبر الإخلال بمقتضى هذا التكافل جريمة عظمى تستوجب العذاب العظيم في النار، وهو ما تضافرت على تقريره السنة الواردة في الاحتكار.

(٤) «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» للإمام الكاساني: (٥/ ١٢٩)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٦/ ٢٧)، و«المنتقى على الموطأ» للباجي: (٥/ ١٧)، و«المدونة»: (١٠/ ١٢٣)، و«مغني المحتاج»: (٢/ ٣٨)، و«المهذب» للشيرازي: (١/ ٢٩٢)، و«نهاية المحتاج»: (٣/ ٤٥٦)، و«المغني»: (٤/ ٢٨٣) لابن قدامة الحنبلي.

قطعي، وهو وجوب دفع الضرر عن العامة، رعايةً لحقِّهم، ولا يجوز إغضاء الطَّرْف عنه، والاجتزاء بالحكم الجزئي وحده، لأن هذا نظر مبتسر، وإخلال بأصل عام مقطوع به، هو أولى بالاعتبار، فوجب التوفيق بينهما: بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وهو ما جاءت به السنة.

مناقشة أدلة من اتَّجه إلى أن الاحتكار مكروه تحريماً (جمهور الحنفية):

يتجه على هؤلاء ما يلي:

أ ـ أن الحنفية وحدهم هم الذين احتجوا بأن النهي إذا كان لأمر مجاور منفك لا يفيد التحريم، وهذا أمر غير متفق عليه بين الأئمة، فلا يصح الاحتجاج به على غيرهم.

ب ـ لا يصار إلى الاحتجاج بقاعدة أصولية خاصة، أصلوها هم وحدهم، ليعارضوا بها مقتضى أحاديث صحيحة انتهضت بمجموعها على تحريم الاحتكار، بل مفادها أنه كبيرة من الكبائر، بالنظر لما قرَّرته من الوعيد الشديد، والبراءة من الله تعالى، واللعن، والإثم.

ولا يقال إنها أحاديث أحادية لا تفيد القطع، حتى تفيد التحريم، لأن هذا من أصول فقههم، فلا يحتج به على غيرهم.

ج ـ إن موضوع المسألة ـ محل البحث ـ هو «الضرر العام»، فإذا تناولنا المسألة منظوراً إلى موضوعها، بقطع النظر عن أحاديث الباب، فإن الأدلة المقطوع بها تتناوله بالتحريم قطعاً، على ما ذهب إليه الجمهور، والسنة جاءت مؤكدة لمقتضاها، وبذلك يتم اتساق المنطق التشريعي بين الجزئيِّ والكليِّ في الإسلام.

د ـ قاعدة **«لا ضرر ولا ضرار»**[1] نصٌّ في موضوعنا، لأنها صدرت عن

(١) سبق أن ذكرنا، أن هذه القاعدة مؤصلة في الدين، وحاكمة على التشريع، كله، لأن مضمونها قطعي تشهد له في الشرع جزئيات وكليات. «نيل الأوطار» للشوكاني: (٥/ ٢٦١).

الرسول ﷺ في قضية سمرة بن جندب[١]، حيث أساء استعمال حقه في نخلة كان يملكها في بستان لأنصاري، والقصة معروفة في كتب السنن والفقه[٢].

هـ ـ إن تحريم الاحتكار يقضي به مبدأ سدِّ الذرائع، وهو أصل مقطوع به، لأن أحداً من الأئمة لا يقول بجواز التذرع إلى المحرم، بحال[٣].

و ـ ولا يقال إن الناس مُسَلَّطون على أموالهم، يتصرفون فيها كما يشاؤون، وأن مبدأ «التراضي»[٤] في العقود، أساس حلِّ انتفاع كل من المتعاقدين بمال الآخر، لأن كل ذلك مقيَّدٌ بأدلة الشرع الأخرى، التي توجب مراعاة حق الغير عدلاً، إبان التصرف في الحق كسباً وانتفاعاً، على نحو لا يلحق ضرراً بالغير راجحاً، ولاسيما بعامة المسلمين، كما أسلفنا، وهو ما يطلق عليه «درء التعسف في استعمال الحق».

ز ـ **الاحتكار كالربا**، بجامع أن في كل منهما كسباً خبيثاً بالانتظار، والتربص بالناس الحاجة، ولذا توعَّد الشارع على الاحتكار بمثل ما توعَّد على الربا.

وبذلك يترجح لديك القول بالتحريم القاطع، للأدلة التي نهضت به، من عمومات القرآن الكريم، والسنة، وقواعد الشريعة العامة، وآثار الصحابة، والمعقول، سالمة عن النقض والمعارضة.

---

(١) وذلك حين اشتكى أنصاري إلى النبي ﷺ تأذِّيه من سمرة بن جندب، باستطراق بستانه، وصولاً إلى نخلته التي يملكها، فعرض عليه الرسول ﷺ أن يبيعها للأنصاري، دفعاً للضرر، فأبى سمرة، فعرض عليه أن يهبها له، ولسمرة مثلها في الجنة، فأبى أيضاً، فأمر الرسول ﷺ باستئصال شأفة نخلته، وقال له: إنما أنت مضار، ولا ضرر ولا ضرار.

(٢) أخرجه أبو داود بنحوه: ٣٦٣٦. وليس فيه «لا ضرر ولا ضرار». راجع كتاب: «نظرية التعسف في استعمال الحق» للمؤلف ص١٤٨ ـ ١٩٤. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٣) «مسلم الثبوت»: (٢/ ٢٦٤).

(٤) المرجع السابق. وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية: «لا بد في صحة التصرف، من رضا المتصرف، وموافقة الشرع»، «الفتاوى»: (٣/ ٨٠). «نظرية التعسف في استعمال الحق» ص.٩٩ [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

شروط الاحتكار

الشروط في المادة المحتكرة:

اختلف الفقهاء في المادة التي يجري فيها الاحتكار المحرم على اتجاهات:

الاتجاه الأول: أن الاحتكار إنما يجري في قوت الآدمي فقط، وإلى هذا الرأي، ذهب الحنابلة المتقدمون في أرجح أقوالهم، جاء في «المغني»، أنه يشترط في الاحتكار ثلاثة شروط: وذكر في الشرط الثاني: أن يكون المشترى قوتاً[1].

الاتجاه الثاني: أن الاحتكار يشمل قوت الآدمي وعلف الحيوان، وهو مذهب الهادوية والشافعية[2] والحنفية، خلافاً لأبي يوسف. وجاء في «تبيين الحقائق»[3]: «واحتكار قوت الآدمي والبهيمة، في بلد يضر بأهله (أي ويكره الاحتكار في القوت في بلد إذا كان يضرُّ بأهله)، وقيل: هو رأي الجمهور».

الاتجاه الثالث: (القول بالتعميم).

إن الاحتكار يجري في كل شيء، من طعام أو غيره، وإلى هذا ذهب مُتأخِّرو الحنابلة، وأبو يوسف من الحنفية، وابن عابدين، والشوكاني، وبعض المالكية.

ونفرد بالبحث، التعميم في الاحتكار، في اجتهاد مُتأخِّري الحنابلة، وبعض المالكية، والظاهرية، واجتهاد أبي يوسف من الحنفية.

---

(١) (٤/ ٢٨٤ وما يليها)، والمشترى أي المبيع، أما الإدام، والعسل، والحلواء، والزيت، وعلف البهائم، فلا يجري فيها الاحتكار.

(٢) «المهذب»: (١/ ٢٩٢)، و«سبل السلام»: (٣/ ١٢٥)، و«نيل الأوطار»: (٥/ ٢٢١ وما يليها).

(٣) (٦/ ٢٧)، وانظر «حاشية الدر» لابن عابدين: (٥/ ٢٧٨)، و«الاختيار»: (٤/ ٢٢٦)، و«نيل الأوطار»: (٢/ ٢٢١)، و«البدائع»: (٥/ ١٢٩)، و«كتاب الخراج» لأبي يوسف ص١٠٥.
هذا واشترط الحنفية، الإضرار بأهل البلد، بقولهم: «إذا كان يضرُّ بأهله» إشارة إلى أن «الاحتكار» ليس محرماً لذاته، بل لهذا الأثر، وهو مناط حكم المنع.

أ ـ التعميم في اجتهاد مُتأخِّري الحنابلة:

جاء في الحسبة لابن تيمية: «أن لولي الأمر أن يجبر أهل الصناعات على ما يحتاج إليه الناس من صناعاتهم، كالفلاحة، والحياكة، والبناية، فإنه يقدِّر أجرة المثل، فلا يمكِّن المستعمل (رب العمل) من نقص أجرة الصانع عن ذلك، ولا يمكِّن الصانع من المطالبة بأكثر من ذلك، حيث تعيَّن عليه العمل»[١].

ويقول ابن قيم الجوزية في هذا الصدد ما يلي: «ومن هنا منع غير واحد من العلماء ـ كأبي حنيفة وأصحابه ـ القسَّامين الذين يقسمون العقار وغيره بالأجرة، أن يشتركوا، فإنهم إذا اشتركوا، والناس يحتاجون إليهم، أغلوا الأجرة عليهم، قلت: (أي ابن القيم): كذلك ينبغي لوالي الحسبة، أن يمنع مغسلي الموتى، والحمَّالين لهم من الاشتراك، لما في ذلك من إغلاء الأجر عليهم، وكذلك اشتراك كل طائفة يحتاج إلى منافعهم، كالشهود والدلَّالين وغيرهم[٢].

الاحتكار المزدوج (احتكار الشراء والبيع أو احتكار (الصنف) في اجتهاد مُتأخِّري الحنابلة، وهو شبيه بالاحتكار الدولي الذي تمارسه الدول الاستعمارية في العصر الحاضر[٣].

يرى ابن قيم الجوزية، أن هناك نوعاً من الاحتكار المزدوج لأي صنف من

(١) «الحسبة» ص١٤، وص٢٥.

(٢) «الطرق الحكمية» ص٢٨٧ وما يليها.

(٣) المرجع السابق، هذا، ومن المعلوم في التاريخ السياسي الحديث، أن الاستعمار السياسي، وما يقوم عليه من احتلال عسكري، إنما كان للاستغلال الاقتصادي، فإبَّان استعمار بريطانيا لمصر مثلاً، في القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، احتكرت أهم إنتاج زراعي في مصر وهو «القطن» احتكاراً مزدوجاً، أو كما يسميه ابن قيم الجوزية (احتكار الصنف) إذ كانت بريطانيا تمنع المنتجين المصريين من أن يبيعوا إنتاجهم من القطن ـ وهو من أجود أنواع القطن في العالم ـ إلى غير بريطانيا من دول العالم، لتتحكم هي في تقدير ثمنه، فتقدر له أبخس الأثمان، ثم تمنع من إقامة مصانع الغزل والنسيج في مصر، لتصنيعه، بحجة أن جوَّها الحار لا يساعد على ذلك، لأن خيوط النسيج ـ في زعمها ـ يؤثر فيها الجو الحار في مصر، فتتقطع، إيهاماً للمصريين بأن أفضل جوٍّ لغزله ونسيجه هو جوُّ إنكلترا، في =

أصناف السلع التي يحتاجها الناس، وسواء أكان في وقت الرخاء، أم في وقت الغلاء، ويصفه بأنه ظلم وفساد في الأرض، يمنع بِهِ الله قَطْرَ[1] السماء، وحقيقته: أن تختص طائفة معينة من الناس بشراء وبيع صنف معين، أو أصناف معينة من الطعام أو غيره، أي لا تُباع تلك السلع إلّا لهم، ولا تشترى إلّا منهم، بما يفرضون من الثمن، تحكماً واستغلالاً.

وقد أشار ابن خلدون في «مقدمته»، إلى أن الاحتكار «المزدوج» من أهم الأسباب التي تؤدِّي إلى الظلم والفساد في الأرض، وانهيار الحضارة والعمران، وسقوط الدولة، بقوله: «وأعظم من ذلك في الظلم وإفساد العمران، والدولة، التسلُّط على أموال الناس، بشراء ما بين أيديهم بأبخس الأثمان، ثم فرض البضائع عليهم، بأرفع الأثمان، على وجه الغصب، والإكراه في الشراء والبيع»[2].

ووجوه الظلم في «احتكار الصنف» أو الاحتكار المزدوج تتلخص فيما يلي:

أولاً ـ منع غيرهم من الاتِّجار في هذه السلع، وهذا هو احتكار الشراء.

ثانياً ـ ظلمهم للبائعين المالكين الذين ينتجون تلك السلع، لأن أحداً من دون هذه الطائفة المحتكرة، لا يستطيع أن يشتريها منهم، لتسلُّط هذه الطائفة، وقوة نفوذها في السوق، فيشترونها بأبخس الأثمان، إذ لا منافس لهم في الشراء.

= مصانع لانكشير ومانشستر وما إليهما، فتصدره إلى هناك، ثم تعود به إلى مصر منسوجاً، وتبيعه بأثمان فاحشة، لأنها تمنع الاستيراد من غير مصانعها.

وهذا نوع من الاحتكار الدولي ـ كما ترى ـ في البيع والشراء معاً، فلا تباع المادة إلّا للدولة المستعمرة، ولا تشترى إلّا منها، تحكماً واستغلالاً لثروات الشعوب المستضعفة.

(١) يمنع الله بسببه نزول المطر.

(٢) «المقدمة» ص٢٨٩، الطبعة الرابعة.

ومما هو جدير بالذكر، أن هذا التعميم، يشمل جميع وجوه الحضارة، المادية والمعنوية، على الدولة أن تعمل على إعداد المتخصصين، ثم إجبارهم على أداء ما تحتاجه الأمة إن تقاعسوا، بثمن أو أجر المثل، نهوضاً بمرافقها العامة، فألقى التشريع الإسلامي على الأمة ممثلة في الدولة بمسؤوليتها العامة، كما ألقى بالمسؤولية الخاصة على القادرين من أبنائها، وبذلك التقت المسؤولية العامة والخاصة في آن معاً، تكافلاً ملزماً. راجع بحث أنواع العام في «المناهج الأصولية» للمؤلف، ص.٣٨٩ [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

ثالثاً ـ ظلم هذه الطائفة المحتكرة للمستهلكين الذين يشترون منهم، لتحكُّمِهم في الأسعار، إذ لا يوجد ذلك الصنف عند غير تلك الطائفة، وهذا هو احتكار البيع، فاجتمع في احتكار الصنف ـ كما يقول ابن القيم ـ احتكار البيع والشراء، معاً، كما رأيت.

هذا، والاحتكار المُحرَّم في فقه متأخري الحنابلة، يشمل أقوات الناس، وقوت الحيوان، والسلع، ومنافع الدور، والأرض، وخبرات العمال، والفنيِّين، وذوي الاختصاص من أصحاب المهن الحرَّة، والمثقفين الأكفياء، والصناعة، والبناية، والنساجة، والفلاحة، ويشمل المحاماة، والصيدلة، والطب، والهندسة، قياساً، والولايات العامة والخاصة، بل وكل ما يضرُّ بالناس احتكاره واحتباسه.

وتأسيساً على هذا يتعيَّن على أربابه كلٌّ فيما يملك، وفيما يختص به، أن يبذله، وبثمن أو أجر المثل، عدالة، لأن من قضايا العقل والدين، أن «ما لا يتم الواجب إلّا به فهو واجب»، وهو فقه يتصل بمبدأ سياسة التشريع، ويطلق عليه المالكية «فقه الاحتياط»[1].

---

(١) فإذا كان إجبار «مغسلي الموتى» على القيام بعملهم، بأجر المثل، واجباً، ولا يجوز لهم أن يشتركوا، لحاجة الناس إلى منافعهم، وكذلك إجبار الدلالين والقسَّامين وغيرهم، كما يقول ابن القيم، فمن باب أولى، أن يجبر من يتوقف على علمه أو عمله، ومنافعه وخبراته، مصلحة عامة المسلمين، أو تسيير الشؤون الهامة في الدولة، علمياً، واقتصادياً، وثقافياً، وعسكرياً، وما إلى ذلك، لأن الحاجة إلى مثل هذه الأمور أظهرُ وأمسُّ، وأثرها أعظم بالبداهة، ولذا، كان التخصص في هذه الفنون والصناعات، والمهن، والعلوم المختلفة، النظرية والتجريبية، فرض كفاية على الأمة شرعاً، وهو من صميم وظائف الدولة الإسلامية، لأنها قائمة مقامها، حتى يتمكن المتخصصون في النواحي الاجتماعية والاقتصادية، والعلمية، والفنية، والسياسية، والعسكرية، من تحقيق مرافق الدولة، وإقامة مصالحها العامة الشاملة لجميع أسباب الحضارة، مادياً ومعنوياً، مما تحتاج الأمة إليه، وعلى الوجه الأكمل، ونحن نعلم أن الحاجة العامة حق من حقوق الله تعالى، لا يجوز إهمالها أو الاستهانة بشأنها، لأن عدم الوفاء بها ضرر عام، وهو مدفوع في الدين: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] و«لا ضرر ولا ضرار» [أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن]، ولذا كانت الحاجة العامة دليلاً تخصص به الأقيسة والعمومات، إذ من المقررات الفقهية أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة =

وقد أشار ابن القيم إلى إعداد من يقومون بأعمال الولايات العامة والخاصة[١]، فرضاً على الكفاية، ثم إجبارهم على أداء خدماتهم للأمة إذا احتاجت إليها بأجر لا وكس فيه ولا شطط، وهذا من وظائف الدولة الإسلامية.

وفي هذا المعنى يقول ابن القيم: إنّ تعلم هذه الصناعات فرض على الكفاية، لحاجة الناس إليها، وكذلك تجهيز الموتى ودفنهم، وكذلك أنواع الولايات العامة والخاصة[٢] التي لا تقوم مصلحة الأمة إلّا بها»[٣].

وأكدوا هذا المعنى بقولهم: «إذا احتاج الناس إلى فلاحة قومٍ، أو نساجتهم، أو بنائهم[٤]، صار هذا العمل واجباً يجبرهم ولي الأمر عليه بعوض المثل إذا امتنعوا عنه، ولا يمكِّنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل، ولا يمكِّن الناس من ظلمهم، بأن يعطوهم دون حقهم»[٥] فحرية التصرف في حق الملك مقيَّدةً بعدم الضرر العام، والتوازن، والتوفيق بين الحقين، حق العمال، وحق المجتمع، دون افتئات

= عامة كانت أم خاصة، فمواقع الضرورة والحاجة الماسة مستثناة من قواعد الشرع وعموماته، وإطلاقاته، فالاحتكار المحرم إذن، شامل لكل ما تحتاج إليه الأمة من الأقوات، والسلع، والعقارات من الأراضي والمساكن، وكذلك الأعمال والخبرات العلمية، والمنافع، لتحقق مناطه، وهو الضرر اللاحق بعامة المسلمين، من جراء احتباسه، وإغلاء سعره.

(١) «الحسبة» لابن تيمية ص١٤ ـ ٢٥. «الطرق الحكمية في السياسة الشرعية» لابن قيم الجوزية ص٢٨٩، وبذلك يتبدّى لك أن مفهوم الدولة في الإسلام ليس مقصوراً على كونها مجرد حارسة، بل هي ذات وظائف تتعلق بمرافق الدولة الضرورية في كل عصر، مهما ازدادت وتعقدت بتقدم الحضارة وتطورها، وهي من الفروض الكفائية، بل من وظائفها الإشراف على تصرفات التجار وأرباب المهن والحرف والكفاءات العلمية ومن إليهم. راجع بحثاً مطولاً في «المناهج الأصولية» للمؤلف ص٣٨٩: صيغة عامة يراد منها العموم ويدخلها الخصوص، وهو مراد أيضاً.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) وفي هذا المعنى يقول العز بن عبد السلام: «إن من يتعين للولاية العامة، ولا يوجد من يقوم مقامه، لا يقبل عزله ولا انعزاله» «قواعد الأحكام» للعز بن عبد السلام: (٢/).

(٤) ويقاس على ذلك غيره من الأعمال، لأن المناط هو دفع الضرر العام، وما ذكره ابن القيم شامل للزراعة، والصناعة، والعمران.

(٥) «الحسبة» لابن تيمية: ص١٤ وص٢٧، و«الطرق الحكمية» ص٢٦٧.

أحدهما على الآخر، هو العدل بعينه، في التشريع الإسلامي، فلا افتئات، ولا استغلال، ولا محاباة، وهو المعنى الذي أشار إليه المالكية أيضاً[١].

وما أشار إليه ابن القيم من الفلاحة، والنساجة، والبناية، شامل لأسباب الحضارة في بعض وجوهها المادية، من الزراعة، والصناعة، والعمارة، وهذا على سبيل المثال، فيقاس عليه غيره، لوحدة العلة، وهي الحاجة العامة.

ب ـ التعميم في الفقه المالكي:

جاء في «المدونة الكبرى»: «قال: وسمعت مالكاً يقول: «الحكرة في كل شيء في السوق، من الطعام، والزيت، والكتان، وجميع الأشياء، والصوف، وكل ما أضر بالسوق. . . قال مالك: يمنع من يحتكره، قال: فإن كان ذلك لا يضر بالسوق، قال مالك: فلا بأس بذلك» وقد أوردنا هذا النص آنفاً.

وفي رواية المطرف عن ابن الماجشون عن الإمام مالك ﷺ «أن جميع القطاني والحبوب هي للقوت والعلوفة ـ للحيوان ـ يتعلق بها هذا المنع».

وجاء في المنتقى «شرح الموطأ» للإمام مالك: «فالذي رواه ابن المواز، وابن القاسم عن مالك، أن الطعام وغيره من الكتان والقطن وجميع ما يحتاج إليه في ذلك سواء فيمنع من ذلك ما أضر بالناس»[٢]، فيما عدا المجلوب، وما استغله المحتكر من قريته[٣] وسيأتي القول فيه.

---

(١) وذلك حين رأوا باجتهادهم وجوب التسعير على هذا الأساس بعينه، حيث قالوا: «ولا يمنع البائع ربحاً (أي معقولاً عادلاً) ولا يسوغ (أي الإمام) له ما يضر بالناس. «المنتقى على الموطأ»: (١٦/٥) للباجي، فلا يلتقي التشريع الإسلامي في أصوله مع المذهب الفردي الذي يجعل الحق الفردي المطلق هو محور التشريع، ولا مع المذاهب المتطرفة التي تجعل من حق المجتمع وحده محور التشريع، لمجافاة كليهما للعدل في نظر الإسلام.

راجع: مقدمة «**نظرية التعسف في استعمال الحق**» الطبعة الثانية، طبع مؤسسة الرسالة للمؤلف ١٩٧٧. و«أصول التشريع الإسلامي»: النظام الشرعي العام ص٢٥٧ للمؤلف.

(٢) «المدونة الكبرى»: (١٠/١٢٣)، وراجع في التعميم «مقدمات ابن رشد»: (٣/ ٢٩٠)، و«المنتقى»: (١٦/٥ وما يليها)، و«عون المعبود في شرح سنن أبي داود»: (١٠/ ٣١٤).

(٣) المرجع السابق.

ج ـ التعميم في اجتهاد الإمام أبي يوسف، وفقه الظاهرية:

وجاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «والاحتكار في كلِّ ما يضر بالعامة في قول أبي يوسف»[١]. ولو كان ذهباً، أو فضة، أو ثياباً[٢].

والتعميم قال به الظاهرية أيضاً، جاء في «المحلى» لابن حزم[٣]: «والحكرة المضرة بالناس حرام». هكذا بإطلاق دون تقييد.

أدلة الاتجاه الأول: (الاحتكار مقصور على قوت الآدمي فقط).

أولاً: إن بعض أحاديث الباب قد وردت مطلقاً دون تقييد للمادة المحتكرة بكونها من الأقوات أو غيرها، كقوله ﷺ: **«من احتكر فهو خاطئ»**[٤] وكقول عمر رضي الله عنه: **«لا حكرة في سوقنا»**[٥]، وبعضها ورد مقيداً بكونه من الطعام كقوله ﷺ: **«من احتكر طعاماً...»**[٦]. قالوا: ومن المقرر أصولياً أن المطلق يحمل على المقيد اتفاقاً إذا اتحد الحكم والموضوع والسبب[٧].

ثانياً: سلطة المالك، وولايته في التصرف فيما يملك، ثابتة بأدلة مقطوع بها ولا تسلب هذه السلطة أو تقيد إلّا عند الضرورة أو الحاجة، ولا حاجة ماسة في غير القوت.

---

(١) «الفتاوى الهندية»: (٣/ ٢١٣ـ ٢١٤)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٦/ ٢٧)، «البدائع» للكاساني: (٥/ ١٢٩).

(٢) بحث للشيخ أبي زهرة في «نظرية التعسف» السابق الإشارة إليه.

(٣) «المحلى»: (٩/ ٦٤) المسألة ١٥٦٧.

(٤) أخرجه مسلم: ٤١٢٣، وأحمد: ١٥٧٥٨، من حديث معمر بن عبد الله العدوي.

(٥) أخرجه مالك في «الموطأ»: (٢/ ٦٥١).

(٦) أخرجه أحمد: ٤٨٨٠، من حديث ابن عمر.

(٧) أما وحدة الحكم فهي التحريم، وأما وحدة الموضوع فهي الاحتكار، وأما وحدة السبب، فهي الإضرار بالناس. راجع «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» في بحث حمل المطلق على المقيد. ص ٥٠٩ ـ ٥٢٤. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

ثالثاً: إن تحريم الاحتكار إنما يتعلق بأثره لا بذاته إجماعاً، والأثر هنا هو الضرر العام، غير أن مراد الشارع، نوع معيّن من الضرر، وهو ذلك الضرر الغالب والمتعارف وقوعه، والناشئ عن حبس الأقوات بخصوصها[١]، لا مطلق الضرر من حيث هو، حتى يشمل كل ضرر أياً كان سببه، أو منشؤه، ويؤيد هذا المعنى ما يأتي:

أ ـ ما ورد من أحاديث الباب مقيّداً بالطعام، والتقييد لا يكون لغير غرض، والغرض هنا بيان شرع، فالقيد إذن معتبر وأساس في تشريع الحكم، وإذا كان لغرض تشريعي، كان له مفهوم مخالف، وهذا ما صرنا إليه.

ب ـ ما ورد عن أئمة الفقه من مثل الأوزاعي حيث قال: «إن المحتكر من يعترض السوق، ليشتري منها الطعام الذي يحتاجون إليه، ليحتكره»[٢].

ج ـ وما روي عن الإمام أحمد، فيما روى الأثرم، قال: سمعت أبا عبد الله ـ يعني الإمام أحمد ـ يسأل في أيِّ شيء الاحتكار، فقال: إذا كان قوتَ الناس[٣] فهو الذي يكره، أي يحرم.

وقال أبو داود: سألت أحمد: «ما الحكرة»؟ قال: ما فيه عيش الناس، أي قوتهم.

د ـ قالوا: وهذا هو قول ابن عمر من الصحابة، ورأي الصحابي حجّةٌ، لأنه أفهم لمراد الكتاب والسنة[٤].

هـ ـ ما روي عن سعيد بن المسيب ـ إمام أهل الأثر[٥] ـ ومَعْمَر، من أنهما كانا

---

(١) «نيل الأوطار» للشوكاني: (٥/ ٢٢١ وما يليها).

(٢) المرجع السابق.

(٣) «عون المعبود»: (١٠/ ٣١٤ وما يليها).

(٤) المرجع السابق. على أن حجية قول الصحابي مختلف فيها، والحنابلة والحنفية يذهبون إلى التخصيص بقول الصحابي. انظر: «مناهج العقول على المنهاج» (٢/ ١٣٠).

(٥) إمام مدرسة الحديث في المدينة في العصر الأموي، وأبرز مميزاتها الأخذ بالنصوص لوفرة مذخورهم من السنة النبوية، على أن سعيد بن المسيب كان يجتهد بالرأي على أساس المصلحة المرسلة، كما سنرى في تأويله لحديث التسعير، ولكن بقدر.

يحتكران الزيت، وهما من رواة أحاديث الاحتكار، فدل على أن الاحتكار المحرّم مقصورٌ على القوت، ولا يجري في كل شيء.

ولعل هذا عمدة قدامى الحنابلة وغيرهم في استثناءهم الإدام، والزيت، والعسل، والحلواء، وعلف البهائم من الاحتكار، مفهوماً وحكماً.

أدلة الاجتهاد الثاني: (الاحتكار يشمل حكمه حبس علف الحيوان أيضاً).

قالوا[1]: إن الشريعة الإسلامية قد حرَّمت الإضرار بالحيوان، وجعلت المحافظة على حياته حقاً من حقوق الله تعالى، فأوجبت على مالكه الإنفاق عليه، حتى إذا عجز كان واجباً على المسلمين رعايتُه، وحفظُ بقائه، وفي ذلك مصلحةٌ غير مباشرة للإنسان، لانتفاعه به في شتَّى وجوه الانتفاع، ثم هو مال، بل منه ما هو من أنفس الأموال، فلا يجوز إهماله، للنهي عن إضاعة المال.

أدلة الاتجاه الثالث: (من قال بالتعميم):

أولاً: إن «العلة» إذا كانت هي الإضرار بعامة المسلمين فكلُّ ما يؤدِّي إلى ذلك، يمنع التسبب فيه، لوحدة الأثر أو المآل، وهو الضرر العام.

ثانياً: حقيقة الضرر من حيث هو، بقطع النظر عن منشئه، محرّمٌ بالنص، إلّا أن يكون جزاءً عادلاً قرّره الشارع بنص خاص، أو التزاماً فرضه الشارع بنص آمر، أو بدليل شرعي معتبر، وليس ثمة في فقه مسألتنا ما ينهض بالتفرقة بين ما هو متعارف من الضرر، وغير متعارف من الأدلة، وليس أدلُّ على ذلك من عموم قول الرسول ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»**[2] بإطلاق.

ثالثاً: نعم! ورد من الأحاديث ما هو مقيد بالطعام، لكن ورد أيضاً ما هو مطلق، والقاعدة، وإن كان مسلّماً أصلها، لكن مناطها الأصولي غير متحقق في هذه المسألة، فلا تطبق بالتالي، وبيان ذلك:

---

(١) «المغني» لابن قدامة: (٤/ ٢٨٣)، و«المهذب» للشيرازي: (١/ ٢٩٢)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٦/ ٢٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

أن حمل المطلق على المقيد ـ كما هو معلوم ـ تأويل، وهو خلاف الأصل، فلا يصار إليه إلّا بموجب ومسوِّغ، كما ذكرنا، والموجِب هو التعارض، ولا تعارض هنا، إذ التعارض إنّما ينشأ أن لو كان للقيد «الطعام» مفهوم مخالف، لكن «الطعام» لقب، واللقب لا مفهوم له عند الجمهور، فلا يدل بالتالي على نفي الحكم فيما وراء القيد، وبالتالي لا تعارض، فلا موجب إذن للتأويل، أو حمل المطلق على المقيد، فوجب إعمال الدليلين، المطلق والمقيد، وهذا يعني التعميم، وهو ما اتجهنا إليه.

رابعاً: إن تخصيص «الطعام» بالذكر، إنما أُخْرِجَ مُخْرَجَ الغالب، لكثرة وقوع الاحتكار فيه، لا لتقييد الحكم به، إذ لا يصلح لذلك، لأنه «لقب» كما أشرنا، فانهار شرط إعمال القاعدة فلا تطبّق القاعدة بدون شرطها.

خامساً: من المقرر في علم الأصول، «أن إفرادَ فردٍ من العام بحكمه لا يخصصه» فيبقى النص على عمومه، وهو ما نقول به.

سادساً: (وهو دليل عقلي) أن دفع الضرر العام، والتنسيق بين المصلحة العامة والخاصة، هو الحكمة التشريعية من تحريم الاحتكار، وهو العدل بعينه، والعدل لا يتجزأ، فوجب تحريم التسبب في إحداث هذا الضرر، في كل صورة من صور الاحتكار، لا احتكار الطعام خاصة، منعاً من التناقض في التشريع.

النقد العام لأدلة الآراء الثلاثة، والمقارنة فيما بينها، والترجيح:

يتجه على من ذهب إلى التقييد بقوت الآدمي والحيوان، ما يلي:

أولاً: إن مناط قاعدة حمل المطلق على المقيد لم يتحقق في أحاديث الباب، فضلاً عن أنه لا مفهوم للقب عند الجمهور، وأن إفراد فرد من العام (الطعام) بحكمه، لا يفيد التَّخصيص والتَّقييد عند الأصوليين، كما أشرنا.

يؤكد ذلك عموم قوله ﷺ: **«من احتكر حُكْرةً يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطئ»**[1]؛ لأن النَّكرة في سياق الشرط تعمّ.

ويؤيده أيضاً حديث معقل بن يسار: «من دخل في شيء من أسعار المسلمين،

---

(١) أخرجه أحمد: ٨٦١٧، والحاكم: (٢/ ١٢)، والبيهقي: (٦/ ٣٠) من حديث أبي هريرة، وهو حسن لغيره.

ليُغْلِيَه عليهم، كان حقاً على الله أن يقعده بِعُظْمٍ من النار يوم القيامة». والنكرة في سياق الشرط تعمّ، كما أسلفنا.

ثانياً: أن العلة في التَّحريم ليست هي ذات الاحتكار، بل أثره من الضرر العامّ، فيعتبر حقيقة الضرر، لا المتعارف الناشئ عن احتكار الطعام بخاصة.

يقول الشوكاني في هذا: «والحاصل أن العلة إذا كانت هي الإِضرار بالمسلمين، لم يحرم الاحتكار إلّا على وجه يضر بهم، ويستوي في ذلك القوت وغيره؛ لأنهم يتضررون بالجميع»[١].

إن التَّنسيق بين المصلحة الخاصَّة والعامَّة عدل في نظر الإسلام، ودفع الضرر العام مصلحةٌ حقيقيةٌ مؤكَّدةٌ، فيجب دفعه أياً كان منشؤه، من الطعام ـ أو غيره ـ لأن العدل لا يتجزأ، كما أسلفنا.

على أنَّا نود أن نناقش من قال بالتقييد، ما قولهم في احتكار السلاح وقت الجهاد، على فرض أنه مباح الاتجار به، والامتناع عن بيعه، والتحكم في سعره؟[٢]. أيقولون بجواز ذلك، لأنه ليس من القوت! وفيه من الخطر الذي يلحق بالأنفس والأموال والأوطان ما لا يخفى؟ وهل هذا القول يتفق ومقاصد الشريعة الإسلامية في المحافظة على النفس والدين والمال والعرض والعقل؟

وما قولهم أيضاً في جواز احتكار الثياب مثلاً والناس في عوز، لشدة البرد، ولا سيما في المناطق الباردة؟ وهل يقولون بجواز احتكار العقاقير والأدوية، استغلالاً لحاجة المرضى. وقد تكون حاجة هؤلاء إلى الدواء أَمَسّ وأشدّ من حاجتهم إلى الطعام، ونسبة المرضى في المجتمع قد تبلغ الثلث على أقل تقدير بالإحصاء؟

وهل يقولون بجواز احتكار منافع الدور والمساكن والناس في العراء بلا مأوى؟

ويتجه على احتجاجهم باحتكار سعيد بن المسيب ومعمر غير الأقوات، فدل

---

(١) «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٢١) وما يليها.

(٢) كان الاتجار في السلاح قديماً مباحاً حراً، فلو فرض أنه لا يزال إلى اليوم كذلك، كما كان في عهد الأئمة المجتهدين، هل يجوز احتكاره وقت الأزمات والحروب، والمسلمون في حالة حرب مع أعدائهم؟

على أنه جائز فيما عدا القوت، أنه لا حجة لهم فيه، لأنه ليس احتكاراً على التحقيق، إذ لم يتحقق فيه مناطه، بل هو ادخار للتوسعة على الناس وقت الحاجة، فهو من حيث الأثر على النقيض من الاحتكار المحرم، كما في رواية أبي الزناد في «المهذب»[١]: «قال: قلت لسعيد بن المسيب: بلغني عنك أنك قلت بأن رسول الله ﷺ قال: «**لا يحتكر إلّا خاطئ**» وأنت تحتكر! قال: ليس هذا الذي قال رسول الله ﷺ إنما قال رسول الله ﷺ: «**أن يأتيَ الرجلَ السلعة عند غلائها، فيغالي بها، فأما أن يأتي وقد اتضع**[٢]**، فيشتريه، ثم يضعه**[٣] **فإن احتاج الناس إليه أخرجه، فذلك خير**» »[٤].

فهذا ـ كما ترى ـ ادخار للتوسعة، وهو رفق وإحسان ـ كما يقول ابن حزم ـ لا استغلال فيه أو إضرار، فلم يتحقق فيه مناط الاحتكار المحرم المنظور إليه من حيث أثره ومآله، كما أشرنا.

هذا، ويمكن أن نطلق عليه «الاختزان الاحتياطي» وهو ما تقوم به الدول الآن لمصلحة مواطنيها إذا توقعت الحاجة العامة إليه، فيكون عندئذ واجباً لا حراماً.

فهو وإن اتفق مع الاحتكار صورة، لكنه على النقيض منه أثراً ومآلاً، والعبرة بالمآل، لأنَّ التصرفات محكومة شرعاً بنتائجها.

هذا، واحتكار وسائل إنتاج الأقوات، والسلع، زراعية كانت أم صناعية، كآلات الحراثة، وآلات الصناعة، والأسمدة الكيماوية، وما إليها، وكذلك مواد البناء اللازمة لإنشاء المساكن، لأنها وسائل إنتاج الزراعة، والصناعة، وتشييد العمران، توفيراً للانتفاع بها، إذا استحكمت أزمتها بالناس، كل أولئك وما في معناه من الوسائل يأخذ

---

(١) «المهذب» للشيرازي: (١/ ٢٩٣).

(٢) انخفض سعره لكثرة عرضه، وقلة الطلب عليه.

(٣) يختزنه أو يدخره.

(٤) المرجع السابق.

احتكارها عين حكم احتكار الأقوات، أو السلع، أو المنافع الضرورية ذاتها، شرعاً، عملاً بمبدأ سد الذرائع.

وقد ذكرنا آنفاً، أن مقرّرات الشرع الإسلامي التي أشار إليها الفقهاء في أكثر من موضع، أنه كلما اشتدت الأزمة وطأة، نتيجة للاحتكار، ازداد تعلق حق عامة المسلمين بما عند المحتكرين وثاقةً وقوة.

والأئمة القدامى ﷺ وإن لم يفصّلوا هذا التفصيل، فذلك مردُّه إلى آثار بيئاتهم في فقههم، إذ لم تكن هذه الحالات والأزمات قائمة في عصرهم، حتى يوجدوا لها حلولاً، لبساطة الحياة يومئذ، والفقه صدى البيئة.

غير أن قدامى الفقهاء قد وضعوا أصولاً تشتق من استدلالاتهم، هي الكفيلة بإمداد المجتهد بالحكم في كل نازلة تطرأ، ألا ترى إلى قول أبي يوسف: كل ما أضرَّ بالناس حبسه فهو احتكار؟ وقول الإمام ابن حزم: «الحكرة المضرة بالناس حرام»، أضف إلى ذلك، أن الأصوليين، قد بنوا حكم الاحتكار لا على النصوص الجزئية التفصيلية الخاصة به فحسب، بل على أصول معنوية عامة أيضاً، ثبتت بالاستقراء قطعيتُها، وبنوا عليها أحكام صور أخرى من الاحتكار، مهما تطورت بالناس الظروف والأحوال، على النحو الذي رأينا في اجتهاد الإمام الكاساني، سلطان العلماء.

هذا، ولا تخفى قوة أدلة تحريم احتكار علف الحيوان، لأن رعايته حق من حقوق الله تعالى، كما ذكرنا، وبذلك يترجح لديك القول بتعميم حكم الاحتكار على كل ما أضر بالناس والحيوان والدولة احتباسه، من مثل الأراضي[١] والمساكن والمنافع، والسلع، والثياب، والدواء، ومواد البناء، والأسمدة، وخبرات الأطباء وغيرهم، اتساقاً مع مراد الشارع، وحمايةً لحكمة التشريع التي تمثل العدل في جميع مظانّه[٢]، وتدفع الضرر العام.

---

(١) يعمد كثير من الأثرياء، والمقاولين، ومن إليهم، ممن لديهم فضول ثروات طائلة وأذهاب فائضة ـ كما قال الإمام عمر ﷺ إلى شراء الأراضي، والمساكن، واحتكارها، ثم التحكم في أسعارها، والناس في حاجة ماسّة إليها، استغلالاً وجشعاً، كما يرى في زمننا هذا، وهذا محرَّم قطعاً، لضرره البالغ بعامة المسلمين، ولاسيما الفقراء.

(٢) والعدل لا يتجزأ.

الشرط الثاني:

ألا تكون المادة مجلوبة (مستوردة) بل مشتراة من سوق المدينة، لتحتكر على أهلها.

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على اتجاهين.

الاتجاه الأول: يشترط الشراء من المدينة، أما الجالب (المستورد) إذا احتبس ما استورده، فلا يكون محتكراً، وهو اتجاه جمهور الحنفية، وجمهور المالكية، والشافعية، وقدامى الحنابلة، والأباضية، والأوزاعي.

أما جمهور الحنفية فقد جاء في البدائع: «ولأن ما بيع في المصر، فقد تعلق به حق العامة»[١] خلافاً للبابرتي والشرنبلالي، إذ لم يشترطا الشراء، بل عرفا الاحتكار بأنه «حبس الأقوات للغلاء»[٢]، هكذا بإطلاق.

وأما جمهور المالكية: فقد نصَّ الإمام الباجي على أنه «لا يمنع (الجالب) احتكاره ولا إمساكه، ما شاء، كان ذلك عن ضرورة أو غيرها، وقد روي ذلك عن ابن المواز عن مالك[٣] فهو كحابس غلَّته»[٤].

---

(١) «البدائع» للكاساني: (٥/ ١٢٩)، و«العناية على الهداية»: (٨/ ١٢٦)، أما الحصكفي وابن عابدين، فقد اشترطا الشراء بقولهم: «اشتراء الطعام ونحوه...». وجاء في الاختيار أيضاً للموصلي ما يؤكد هذا المعنى: «أن يبتاع طعاماً من المصر، أو من مكان يجلب طعامه إلى المصر، ويحبسه إلى وقت الغلاء».

(٢) «رد المحتار»: (٥/ ٣٥١)، و«الكفاية على الهداية»: (٨/ ٤٩١).

(٣) وجاء في «المنتقى» أيضاً، تأكيداً لما قدمنا: «أما ما يمنع من الاحتكار، فإن الناس في ذلك على ضربين:

أ ـ ضرب صار إليه بزراعته أو جلابه (استيراده) فهذا لا يمنع من احتكاره ولا من استدامة إمساكه، ما شاء، كان ذلك عن ضرورة أو غيرها.

ب ـ والضرب الثاني: من صار إليه الطعام بابتياع البلد، فإن المنع يتعلّق به «المنتقى» للباجي: (٥/ ١٧).

هذا، والإباضية تشترط شراء مقيم أو أن يكون مسافراً يتجر بمال مقيم. «شرح النيل»: (٤/ ١٠١ ـ ١٠٢).

(٤) «المنتقى» للباجي: (٥/ ١٦).

وكذلك الشافعية فيما جاء في «نهاية المحتاج»: «أن يشتري الأقوات وقت الغلاء..»[(١)].

وقدامى الحنابلة اشترطوا الشراء، كما جاء في «المغني»: «أن يَشْتَري (المال المحتكَر) فلو جلب شيئاً، فادَّخره، لم يكن محتكراً»، وقالوا في تعليل ذلك: «ولأن الجالب لا يضيق على أحد، ولا يضرُّ به بل ينفع، فإن الناس إذا علموا عنده طعاماً مُعدّاً للبيع، كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه»[(٢)].

أدلة هذا الاتجاه:

أولاً ـ ظاهر أحاديث الباب، إذا نهضت بالتفرقة بين الجالب والمحتكر، من مثل قوله ﷺ: «**الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون**»[(٣)] فذمّ الثاني، لأنه آثم بإضرار الناس، والتضييق عليهم، ومدح الأول، لأنه من شأنه أن يوسع عليهم.

ثانياً ـ أن حق عامة المسلمين يتعلَّق وقت الأزمات بما هو موجود فعلاً، في المصر، أو بما جلب إلى فنائها من مكان قريب يجري الجلب إليه منه عادة، والاحتكار المحرم، إنما يكون بحبس هذا، لأنه حينئذ يعتبر منعاً لحق العامة، أو ظلماً، وهو علة التحريم.

أما المجلوب من بلد بعيد، فلا يتعلّق به حقهم أصلاً، فكيف يتصور منعهم منه؟ إذ المنع فرع التعلق أو الوجود، ولا وجود للحق أصلاً.

ثالثاً ـ الجَلَبُ مباح في الأصل، فإذا كان للجالب ألا يجلب، فله ألا يبيع!

رابعاً ـ أن الاحتكار المحرَّم مناطه الضرر والظلم، والجالب لا يضر أحداً، بل ينفع، لأن الناس إذا علموا أن عنده طعاماً، كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه[(٤)]، كما أشرنا.

---

(١) «نهاية المحتاج» للرملي: (٣/ ٤٥٦)، و«مغني المحتاج» للشربيني: (٢/ ٢٨).

(٢) «المغني»: (٤/ ٢٨٣)، و«الشرح»: (٤/ ٤٧).

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢١٥٣، من حديث عمر بن الخطاب.

(٤) راجع في هذه الأدلة: «البدائع» للكاساني: (٥/ ١٢٩)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٦/ ٢٧ ـ ٢٨)، و«المغني»: (٤/ ٢٢٠)، و«الإنصاف»: (٤/ ٢٣٩).

الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الجالب إذا احتكر ما جلبه، وأضر بالناس، كان في معنى المحتكر، بالنظر لأثر تصرفه فيما يملك.

وهو مذهب بعض الحنفية، وبعض المالكية، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، وما يومئ إليه تعليل الحنابلة.

أما بعض الحنفية: من مثل الإمام أبي يوسف، فيرى أن احتكار الجالب مكروه تحريماً، لعموم النهي، وأما البابرتي والشرنبلالي، فقد رأيت أنهما لا يتشرطان الشراء من المصر، وعلى هذا، فيجري الاحتكار في المجلوب أيضاً، بالنظر إلى مآله من الضرر[١]، وابن عابدين يرى أنه يأثم ديانة بانتظار الغلاء أو القحط لنية السوء للمسلمين[٢].

وأما بعض المالكية، فمن مثل الأبِّي[٣] حيث يقول في حق الجالب: «إلّا أن ينزل بالناس حاجة، ولا توجد عند غيره، فيؤمر ببيعه، لدفع الضرر عن الناس»، وهذا تفقه جيد.

أما تعليل بعض الحنابلة فهو مشعر باعتبار الجالب محتكراً إذا أضر بالناس، كما جاء في «المغني»: «ولأن الجالب لا يضيق على أحد، ولا يضر به، بل ينفع، وبنحو هذا جاء في كشاف القناع»[٤].

فالمفهوم المخالف، أنه إذا أضر، كان هو والمحتكر سواء، تصرفاً وأثراً، أما مجرد اطمئنان القلوب الذي أشاروا إليه، فلا يعدُّ نفعاً عن التحقيق، ولا يكشف ما بالمسلمين من ضُرٍّ .

---

(١) أما الكاساني، فلا يتسق تعليله مع ما يرى من كراهة احتكار الجالب تنزيهاً، إذ يقول: «ولكن الأفضل له ألا يحبس ويبيع، لأن في الحبس ضرراً بالمسلمين»!!!
ومنطق التشريع يقتضي أن يكون ذلك حراماً. «البدائع»: (٥/ ١٢٩)، وهذا عين ما يتجه على صاحب كتاب «الإنصاف» من الحنابلة، إذ قال: «ويكره أن يتمنى الجالب الغلاء». «الإنصاف»: (٤/ ٣٣٩). وعلى جمهور الحنفية كذلك.

(٢) «الفتاوى الهندية»: (٣/ ٢٢٣ _ ٢١٤).

(٣) من أئمة الفقه المالكي، وقد شرح صحيح مسلم.

(٤) «المغني» لابن قدامة: (٤/ ٢٢١).

وأما الظاهرية، فلم يعرفوا هذه التفرقة، إذ قالوا: «والحكرة المضرة بالناس حرام، سواء في الابتياع، أو في إمساك ما ابتاع» ولم يقيدوه بالمصر[١].

وكذلك الزيدية، لم يشترطوا سوى أن تكون المادة المحتكرة فائضة عن كفايته ومن يمونه سنة كاملة، وأن يكون متربصاً بها الغلاء، وأن يكون مع حاجة الناس إليها.

فقد جاء في «الروض النضير»: «قالوا: أي فقهاء المذهب الزيدي ـ ولا فرق بين أن يكون الطعام من زرعه، أو شرائه، من المصر أو من السواد، خلافاً لأبي حنيفة، فيما كان من زرعه أو شرائه، ولا وجه له»[٢].

وأما الإمامية فقد عرفوا الاحتكار بأنه: «جمع الطعام وحبسه يتربص به الغلاء»[٣]. وهذا لا يفيد قيد الشراء كما ترى.

مناقشة هذين الاتجاهين:

١ ـ يتجه على الأول: أن التفرقة ـ بين الجالب والمحتكر معقولة المعنى، مفهومة العلة، لأن الجالب المستورد، إنما كان ميسراً له رزقه، ومباركاً له فيه، لأنه يخالف المحتكر في قصده وفعله، فاختلف عنه مفهوماً وحكماً، أما قصده، فهو التوسعة على الناس، وأما فعله، فلأن صنيعه بذل ما جلب، لا حبسه، وإلّا كان التناقض في منطق الحديث الشريف، إذ يصبح معناه: «الجالب المحتكر مرزوق، والمحتكر ملعون»، وهو منطق متهافت كما ترى، ينبغي أن يصان عنه كلام رسول الله ﷺ وأن يحمل على معنى يتحقق به التنسيق، ويرتفع هذا التخالف.

٢ ـ يؤيد هذا، أن بعض الأحاديث جاء مطلقاً: **«لا يحتكر إلّا خاطئ»**[٤] أياً كان، فيشمل بإطلاقه الجالب إذا احتكر.

---

(١) «المحلى»: (٩/ ٦٤).

(٢) «الروض النضير»: (٣/ ٣٠٦ ـ ٣٠٨)، و«البحر الزخار»: (٣/ ٣١٩).

(٣) «المختصر النافع» ص١٢٠.

(٤) أخرجه مسلم: ٤١٢٣، وأحمد: ١٥٧٥٨، من حديث معمر بن عبد الله العدوي.

٣ ـ لا يقال: إن له ألّا يجلب فله ألا يبيع، لأن الناس كانوا يتوقعون هذا الجلب، والتوقُّع كاف لتعلق الحق، ووقوع الضرر عند حبسه، ألا ترى أنه لو لم يجلب لانطلق غيره، أو لانطلق الناس يجلبون لأنفسهم، فكان حبسه لمجلوبه تغريراً بالناس، ومنعاً لوصول الحق إلى مستحقه، وهو ظلم.

٤ ـ وأيضاً: «العلة» هي حقيقة الضرر، من حيث هو، أيّاً كان منشؤه، لعموم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[١] وهو غير مشروع بيقين، إيقاعاً أو وقوعاً.

وعلى هذا، فكل تسبب في إحداثه ممنوع شرعاً، قصد ذلك المتسبب أو لم يقصد[٢].

وعلى ضوء هذه الحقيقة ينبغي أن يحمل اشتراط وقت الغلاء أو الرخص[٣].

٥ ـ على أن مبدأ سد الذرائع، وهو أصل معنوي عام في الدين، ومقصد شرعي قطعي قاض بمنع كل ما يتذرع به للإضرار بالمسلمين، لأن هذا المآل ـ في ذاته ـ ممنوع المصير إليه شرعاً، بكل وسيلة، كما أسلفنا.

٦ ـ منطق التشريع يتجافى وما صدر عن المجيزين من اجتهاد في التعليل والتوجيه، إذ يستوجب تعليلهم من أن الجالب لا يضر بالناس بل ينفعهم، بأن يعتبر محتكراً، إذا أضر، عملاً بالمفهوم المخالف، والقيد معتبر، وله مفهوم في المصنفات والمؤلفات إجماعاً، إذ هو لازم[٤] عقلي ملحوظ ومقصود.

---

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٢) يقول الإمام الشاطبي في هذا المعنى: «إيقاع السبب، بمنزلة إيقاع المسبَّب، قصد ذلك المتسبب أو لا، لأنه لما جعل مُسَبَّباً عنه في مجاري العادات، عُدَّ كأنه فاعل له مباشرة». «الموافقات»: (٣/ ٢٤٩).
ويقول أيضاً: «ولا مصلحة تتوقع مطلقاً، مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد عنها». ولا ريب أن المفسدة اللازمة عن الاحتكار غلبت مصلحة الأصل، وهي مصلحة طائفة التجار المحتكرين، بل وزادت، لأنه يضر بالعامة ـ المرجع السابق.

(٣) اشترط بعض الفقهاء، أن يكون الشراء وقت الغلاء، وليس لهذا الشرط من معنى يجعل له مدخلاً في تحديد مفهوم الاحتكار المحرم شرعاً، إذ هو منوط مفهوماً وحكماً بالمآل، كما قدمنا، فسواء استغل المحتكر أزمة قائمة وقت الغلاء، أم أنشأ أزمة لم تكن، فالمآل واحد، وهو على حكم التحريم.

(٤) أي للقيد الوارد في المنطوق.

على أن تعليلهم مقدمة تنتج تحريم احتكار المجلوب، لا الكراهة فحسب.

٧ ـ قالوا بالتفرقة، واشترطوا أن يكون البلد بعيداً لم تجر العادة بالاستيراد منه، حتى لا يتعلق حق العامة بالمجلوب، ويتجه على منطقهم هذا، بأن كثرة الاستيراد في أيامنا هذه، ونشاط التجارة الخارجية، لسرعة النقل المذهلة، وسهولة وسائل المواصلات، ولمكان الحاجة الماسة إلى تبادل السلع والمنافع، مع جميع أقطار العالم، حتى غدا أمراً معتاداً فيما بينها، سداً لحاجة كل دولة مما يفيض من إنتاج دولة أخرى، وهي ظاهرة لا يمكن إغضاء الطرف عن أهميتها وضرورتها، مما جعل العالم كله ـ في عصرنا هذا ـ وحدة اقتصادية متكاملة، لا تباعد بين أقطارها، حتى لا تستطيع دولة اليوم أن تعيش بمعزل عن هذا التبادل، إذ لا يمكنها أن تكتفي ذاتياً في جميع مقتضيات حياتها ومرافقها، حتى في المواد الغذائية الأساسية، على ما هو واقع ومشاهد، أقول إن كثرة الاستيراد وضرورته، لسهولة المواصلات وسرعتها الفائقة بالتقدم العلمي والحضاري، جعلت المستورَد متحققاً فيه مناط الاحتكار المحرم إذا احتبس، بمقتضى ما وضعوه هم من شرط الاعتياد الذي يستوجب تعلق حق العامة به، فأصبح الخلاف ظاهرياً لا حقيقياً، لتغير الظروف، لا لاختلاف الحجّة والدليل.

وهكذا ترى ما للتقدم العلمي، ولا سيما التجريبي أو ما يسمى «التقني» من أثر كبير في تغيُّر الأحكام الاجتهادية عما كان منها في القرون الماضية، مع أن الضابط الفقهي واحد، والمقصد الشرعي ثابت لم يتغير.

ومن هنا، انهارت التفرقة، لانهيار أساسها، بل أضحى خطر حبس المستورَد على الأمة اليوم، أشد من ضرر احتكار ما يشترى من المدينة، أو ما يستغل من الأرض، فكان محرماً من باب أولى، لتغير الظروف التي يجب أن يكون لها اعتبار في التطبيق، كما بيّنّا، لما لذلك من أثر من حيث المآل.

وحكم محتكر المُسْتَغَلّ من الأرض، هو حكم الجالب المحتكر، إذ علل من قال بالتفرقة بين محتكر ما اشترى من المدينة وبين محتكر غلة أرضه، بأنه في معنى الجالب، والرد هو الرد لعموم النهي، وإطلاق النص، وعلة الضرر.

وبذلك يترجح لديك المذهب الثاني، لقوة أدلته الجزئية والكلية، وسلامة منطقه من التناقض، واتساقه مع روح التشريع، ولمراعاته لمبدأ أثر تغير الظروف في الاجتهاد التشريعي في الفروع، بعامل التقدم العلمي والحضاري.

التصدير من البلاد يعتبر في معنى الاحتكار إذا أضر بالناس:

إن تصدير ما يحتاج الناس إليه، خارج البلاد، يعتبر في معنى الاحتكار، إذا أضر بالناس، لوحدة الأثر والمآل.

يقول التلمساني في «تحفة الناظر»: «من معنى الاحتكار، نقل الطعام من بلد إلى آخر، فيمنع منه إذا أضر، ويسوغ إذا لم يضر في المشهور»[(١)].

هذا إذا كان النقل في حدود الدولة الإسلامية، فالتصدير إلى خارجها يكون أولى بالمنع.

احتكار القوت لمدة سنة (تنظيم الاستهلاك):

ذلك مشروط جوازه بما إذا لم يضر، أي في وقت السعة والرخاء، حتى إذا أضر يمنع الناس من احتكار أقواتهم لمدة سنة. جاء في «المنتقى»: «إن المنع من الاشتراء من الأسواق، وأنه إن كان في وقت ضيق الطعام، فلا يجوز، بل يشتري ما لا يضيق على المسلمين، كقوت أيام أو أشهر، وإن كان وقت سعة، اشترى قوت سنة»[(٢)].

فيحمل فعل الرسول ﷺ من أنه كان يدخل لعياله قوت سنة، على حالة الرخص، وانتفاء الضرر بالناس، مما يؤكد أن تعلق حق العامة غير مشروط بمدة معينة، بل يتبع الظروف التي يختلف فيها مدى الضرر ضيقاً وسعة، كما يتعلق بالتجار وحدهم، بل

---

(١) ص ١٢٠ للتلمساني المالكي.

(٢) (١٧/٥ وما يليها)، ويقصد بكون التصدير في معنى الاحتكار، اشتراكهما من حيث الأثر والمآل، وهو علة الحكم بالتحريم، وهذا يذكرنا بقول الإمام القرافي حيث يقول: «إن الجمود على المنقولات - اجتهادات السابقين - أبداً، ضلال في الدين» إذ يؤدي إلى المخالفة عن المقصد الشرعي، إذا لم يراع اختلاف الظروف والأحوال.

بالناس جميعاً ـ كما ترى ـ وهذا من باب ما يطلق عليه اليوم تنظيم الاستهلاك[١].

قال التلمساني: «ومن أراد في الغلاء أن يشتري عَوْلة «مؤنة» سنة، لم يُمَكَّن من ذلك.. ولو رخص السعر، ولم يضر بالسوق، خلِّيَ بين الناس والشراء، ويدخرون ويشترون، من الفنادق والدور حيث أحبوا»[٢].

وصرح الشافعية، بأن من عنده زائد على كفايته ومؤنته سنة، يجبر على بيعه في زمن الضرورة، بل قالوا: «إنه إذا اشتدت الضرورة، يجبر على بيع ما عنده، ولو لم يبق له كفاية سنة»[٣] ولا نعلم أحكاماً ملزمة لتحقيق «التكافل الاجتماعي» تشريعاً، أبلغ من هذه الأحكام، فالحق المطلق في الملك، لا وجود له في التشريع الإسلامي، والانفصال بين الفرد والمجتمع غير معهود في الشرع الحنيف.

يؤكد هذا ما جاء في التيسير في فقه المالكية: من احتكر في الرخاء، أجبر على بيعه في الغلاء، إذا لم يوجد سواه، فإن أبى حُجِرَ عليه، وليس له بيعه في الدور، بل يخرج إلى السوق»[٤].

شرط مدة الاحتكار:

ذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط مدة، «أربعين يوماً» على الاحتكار، ليعتبر محرماً، وآخرون اشترطوا مُدداً أقل.

ونرى أنْ لا دليل ينهض بهذا الشرط يتصل بحكمة التشريع، نعم ورد في بعض الأحاديث تحديد للمدة بأربعين يوماً، وهو محمول على الفترة التي يغلب على الظن تحقق الضرر فيها لا للتقييد، لأن العلة هي حقيقة الضرر، كما قدمنا، فإذا وقع استوجب الحكم، طالت المدة أم قصرت، إذ لا مدخل للمدة في أصل مفهوم الاحتكار، ولا في التعليل بالضرر، وهو ما ذهب إليه الجمهور.

---

(١) «المنتقى» للباجي: (٤/٢٢٨).

(٢) «تحفة الناظر» للتلمساني: ص١٢٨.

(٣) «الموسوعة»: (٣/١٩٨).

(٤) «التيسير في أحكام التسعير» للمجيلدي: ص٧٢، طبع الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ـ الجزائر، تقديم وتحقيق موسى لقبال.

مدى تدخل ولي الأمر في أصل حق الملكية بسبب الاحتكار:

وبذلك يبدو لك أن نطاق تدخل ولي الأمر في أصل حق الملكية، يختلف تبعاً لاختلاف الأئمة في مفهوم الاحتكار الذي تحدده شروطه.

المؤيدات

تمتاز الشريعة الإسلامية، بترتيب جزاء أخروي على البواعث والنوايا غير المشروعة، إذا اتخذت مظهراً من الأفعال والتصرفات المشروعة في ظاهرها، لتحقيق غرض غير مشروع مآلاً، سواء أكان هذا المآل الممنوع قد وقع فعلاً، أو كان متوقعاً لزومه وحدوثه في غالب ظن المجتهد، شريطة أن يكون مساوياً لمصلحة أصل الفعل المتذرع به، أو راجحاً عليه، فيمنع من التسبب في ذلك، حتى ولو كان القصد حسناً، بالنظر لذلك المآل الممنوع في حد ذاته، كما يقول الإمام الشاطبي، : «إيقاع السبب، بمنزلة إيقاع المُسبَّب (النتيجة والمآل) قصد ذلك المُتسبِّب أوْ لا، لأنه لما جُعِل مسبَّباً عنه (ناتجاً عنه) في مجاري العادات[١]، عُدَّ كأنه فاعل له مباشرةً»[٢].

ولا ريب أن الإثم الذي يترتب على مخالفة قصد المكلف في التصرف، لقصد الشارع في التشريع، يستلزم عقاباً أخروياً يناسب أثر المخالفة ودرجتها، والعقاب الأخروي أعظم وقعاً، وأشد تنكيلاً، وهو الأصل، باعتبار أن الشريعة الإسلامية ترتكز أساساً على عقيدة دينية، تجعل لفكرة الحلال والحرام، وطهارة النية، وشرف الباعث، المقام الأول في تشريعها[٣].

ومن هنا، لا تجد في أحاديث الاحتكار عقوبات دنيوية، أو أحكاماً قضائية زاجرة ملزمة تقاوم الاحتكار بسلطان الدولة، على الرغم من أن الاحتكار من الكبائر[٤].

---

(١) أي في تقدير الشخص العادي.

(٢) «الموافقات»: (٣/ ١٤٩).

(٣) راجع كتابنا «نظرية التعسف في استعمال الحق»: ص٢٨٨ ـ ٢٨٩. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٤) «الزواجر» لابن حجر الهيثمي ص٢١٦.

وهكذا يرتقي التعسف في استعمال حق الملكية، أو الحرية العامة في التملك، بنية الإضرار بعامة المسلمين، فيما يحتاجون إليه من مرافق معايشهم إلى أن يبلغ مستوى الكبائر[١] كما ترى، وإلّا فلم كان الوعيد الشديد بالإلقاء في مكان عظيم من نار جهنم، وغير ذلك من أنواع التهديد.

الفلسفة الأصولية التي يقوم عليها المؤيد القضائي أو الدنيوي الاجتهادي للوازع الديني في التشريع الإسلامي:

قلنا إن الأصل في تكاليف الشريعة هو الوازع الديني، لأن امتثال التكليف اختياراً، وبملء الحرية والإرادة، لا يكون إلّا بدافع عَقَدي، ليتم الابتلاء في حسن العمل الذي جعله الله تعالى الحكمة الغائيَّة من خلق الموت والحياة، قال تعالى: ﴿ٱلَّذِى خَلَقَ ٱلْمَوْتَ وَٱلْحَيَوٰةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾ [الملك: ٢]. فأساس الوازع الديني خشية الله تعالى.

غير أن على ولاة الأمور مراقبة هذا الوازع الديني، والسهر على استقامته، ولا سيما في التعامل، والأساس الفقهي لذلك، أن مقتضى النداءات الإلهية الموجَّهة إلى المؤمنين، إذ يحتمل فيها التوزيع على كُلِّ مُكَلَّفٍ، لينهض بمقتضاها، يحتمل أيضاً اعتبارها موجهة إلى الأمة عامة، مما يومئ بالتكليف العام الملزم الذي تنشأ عنه المسؤولية العامة عن أدائه، وهذا يستلزم بالتالي إيجاد جماعة منهم مؤهلة لتحمل هذه المسؤولية عن تنفيذ هذه التكاليف نيابة عن الأمة، ومن ذلك الإشراف والسهر على الوازع الديني لدى الأفراد، مسؤولية منشؤها ـ كما ذكرنا ـ الخطابات الإلهية العامة، بل قد تأكد هذا بقوله سبحانه صراحة: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى ٱلْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ﴾ [آل عمران: ١٠٤].

---

(١) «الزواجر» لابن حجر: (١/ ٢١٦) ومن أعظم «المؤيدات» العملية عن طريق سلطة الدولة لمقاومة الاحتكار، والتغالي في الأسعار وقمع الغش وغيره من المنكرات، ما أوجده عمر بن الخطاب ﷺ من «نظام الحسبة» الذي يقوم على قواعد سياسة التشريع، ويستهدف رعاية المصلحة العامة، وإقامة العدل في التعامل، والإشراف الفعلي الدقيق الصارم على تنفيذ ذلك.

لا يقال إن الحكم التكليفي الدياني من الحل، والحرمة، والكراهة، والندب والوجوب. ينحصر في العلاقة بين المؤمن وربه، فالمسؤولية فردية ديانية فحسب، لأن إهمال الوازع الديني، أو ضعفه لدى بعض الأفراد، يؤدي إلى تعدِّي أثر التصرف إلى الإخلال بحق الغير من الفرد أو الأمة، في الواقع الاجتماعي، فوجب حينئذ مواجهة هذا الأثر، عملاً بمقتضى الأصل العام: «حق الغير محافظ عليه شرعاً»[1] وهو ثابت في الشرع قطعاً، حفظاً لكيان المجتمع، ولهذا كان ـ كما يقول الإمام الشاطبي ـ حقَّ الله تعالى في كل حقٍّ فردي، ولا خِيَرَةَ فيه للعبد.

وتأسيساً على هذا، يتعين على ولي الأمر ونوابه وموظفيه، بمقتضى هذا التكليف العام الثابت بإيماء النداءات الإلهية العديدة، حراسة هذا الوازع الديني لدى الأفراد، والإشراف عليه، وهو الأصل، وإجبارهم على تنفيذه كرهاً إن لم يقوموا به اختياراً، محافظة على حق الله تعالى.

وحق الله تعالى لا يجوز إهماله أو التهاون فيه أو إسقاطه.

هذا، فضلاً عن ثبوته بمقتضى صريح قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى ٱلْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ﴾ [آل عمران: ١٠٤].

حتى إذا ضعف هذا الوازع أو رقَّ، أو أسيء استعماله، كان لزاماً على ولاة الأمور والمجتهدين، أن يعيِّنوا مواقع التصرفات الضارة، لتسلب من أصحابها أمانة التكليف فيها وأن يجتهدوا ـ متعاونين ـ لمواجهة هذا الواقع، في استنباط الأحكام الشرعية التي تعتبر تدابير وإجراءات وقائية أو علاجية تنفيذية أو إدارية، أو قضائية أو حسبية[2]، مما يكون ضرورياً وملائماً، وناجعاً، وملزماً، ليقوم مقام الوازع الديني

---

(١) «الموافقات» للشاطبي: (٢/ ٣٢٢).

(٢) نسبة إلى نظام «الحسبة» الذي نوهنا عنه آنفاً.

والأساس الأصولي الخاص بنظام الحسبة، هو أن من المصالح ما لا يكون متعلقاً بفرد بعينه، حتى يقوم لدى القضاء يطالب برفع الضرر أو الغبن عنه، بل يشمل طائفة أو أفراد الأمة، ومن هنا أحدث عمر بن الخطاب ﷺ نظام الحسبة، وهو من صميم السياسة الشرعية.

الذي ضعف، في تنفيذ الأحكام الديانية بسلطان الدولة، رعاية للصالح العام، ولو لم يرد بتلك التدابير أو الأحكام والمؤيدات، نصوص خاصة بها، ولا كان لها نظير، ما دامت تقتضيها سياسة التشريع[1]، لأن من مقررات الشرع، أنَّ تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة.

فالغش في التعامل مثلاً - وفيه افتئات على مال الغير وصحته ظلماً - حكمه - في الأصل - ديني، كالاحتكار «**من غشنا فليس منّا**»[2] لكن إذا فشا الغش، أو عمت ظاهرة الاحتكار، والتغالي في الأسعار بفعل من التجار، واستحكم أثرها في التعامل لضعف الوازع الديني، جشعاً واستغلالاً، وجب حينئذ على ولاة الأمور والمجتهدين؛ ألا يتركوا هذا النوع من التصرف أو ذاك موكولاً إلى الوازع الديني لدى الأفراد، لأنه قد ضعف أو عجز، بل تسلب أمانة التكليف - كما قلنا - في مثل هذا التصرف من أصحابه، ويُجتهد في اتخاذ المناسب والملائم والزاجر من الإجراءات والتدابير والوسائل قضاءً أو حسبة، ولو لم يكن منصوصاً عليها بعينها، ولا كان لها نظراء،

---

(١) ومبدأ سياسة التشريع هو الذي تستند إليه الأحكام والتصرفات والتدابير الاجتهادية: الإدارية، والدستورية، والمدنية، والاقتصادية، والقضائية، والأمنية، التي يتم بها تدبير شؤون الأمة داخلاً وخارجاً مما يتصل بالعلاقات الخارجية التي تربطها بغيرها من الدول - راجع «السياسة الشرعية» و«الفقه الإسلامي» ص٧ وما يليها - لفضيلة الأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج - شيخ الجامع الأزهر سابقاً.
ويقول ابن عقيل من أئمة الفقه الحنبلي في تعريف السياسة الشرعية اصطلاحاً: «السياسة ما كان فعلاً (تدبيراً أو نظاماً) يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول، ولا نزل به وحي». «الطرق الحكمية» ص٣ وما بعدها - ابن قيم الجوزية.
ويقصد بما لم ينزل به وحي: أي من النصوص الجزئية التي تشهد بالاعتبار للتدبير أو الإجراء أو الحكم الشرعي السياسي بعينه، وإلّا فإنه لا يعتبر إلّا إذا استند إلى مبدأ من المبادئ الكلية المُحكمَة في الشريعة، ولم يناقض حكماً تفصيلياً يثبت أنه تشريع عام ودائم بالكتاب أو السنة.
وعلى هذا، فلكل حكم أو تدبير أو نظام اجتهادي، تقتضيه حاجة الأمة، وصيانة كيانها، هو من السياسة الشرعية، متى كان مستنداً إلى أحد المبادئ الكلية الثابتة المحكمة أو روح التشريع، ولم يناقض حكماً تفصيلياً ثابتاً ودائماً كما قلنا، لأن تلك المبادئ الكلية المحكمة لا يقصد بها الشرع إلّا تحصيل المصالح، ودفع الإضرار والمفاسد - المرجع السابق.

(٢) أخرجه مسلم: ٢٨٣، وأحمد: ٩٣٩٦، من حديث أبي هريرة.

لقمع الغش وكسر الاحتكار، ومقاومة الغلاء، ليستقيم أمر التعامل على النصح والعدل والتعاون على البر، ويُحفظ حق الغير الذي قوامه مصالح الناس في مرافق معايشهم، وصحتهم وأموالهم، وهو مقصد شرعي قطعي، وإلّا فلم وجد القضاء، والحسبة والدولة؟

وهذا مؤدّى قول عثمان بن عفان ﷺ: «إن الله يَزَعُ بالسلطان ما لا يزع بالقرآن»[1].

وكذلك قول عمر ﷺ: «لا ينفع تكلُّمٌ بحق لا نفاذ له».

إذن، كل مؤيد اجتهادي، لحراسة الوازع الديني، وتنفيذ مقتضاه، يستند أساساً إلى مبدأ سياسة التشريع، وبذلك يمكن أن تتحول الأحكام الديانية إلى قضائية أو نظم إدارية، لتنفذ بسلطان الدولة، رعاية للصالح العام، عند الاقتضاء.

وهو مبدأ عظيم يستند بدوره إلى القواعد الكلية المحكمة في الشريعة، تمده بالأحكام والنظم الاجتهادية التي يتم بها تدبير شؤون الأمة في كافة نواحي حياتها.

ولا ريب أن قاعدة الذرائع، من أهم القواعد التي تُثري ذلك المبدأ وتكسبه مرونةً وحيويةً.

ومؤدّى هذه القاعدة الثابتة قطعاً، أن «**كل فعل في الأصل مشروع، يصبح غير مشروع، إذا أدّى إلى مآل ممنوع**».

ومما ينهض بمبدأ سياسة التشريع أيضاً، ويجعل منه خُطةً تشريعيةً اجتهاديةً عمليةً واقعيةً في تدبير شؤون الأمة داخلاً وخارجاً، ومواجهة الوقائع والظروف المتجددة، قاعدة الاستحسان عند الحنفية، وقاعدة: «ما لا يتم الواجب إلّا به فهو واجب» وهي أساس «فقه الاحتياط» عند المالكية، كما ذكرنا، إذ يقول الإمام الشاطبي: «إن هذه

---

(١) قدمنا أن أبا حنيفة كان يرى أن المالك مأمور ديانة ـ لا قضاء ـ ألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً، حتى إذا تغير الظرف، ووهن الوازع الديني، رأينا صاحبيه، أبا يوسف ومحمداً، يفتيان بوجوب ذلك قضاء لا ديانة فحسب، ويعلل الإمام الزيلعي ذلك بقوله: «استحساناً ولأجل المصلحة». «تبيين الحقائق»: (١٩٦/٢). وهذا الأثر أخرجه ابن عبد البر في «التمهيد»: (١١٨/١)

الشريعة تقم على أساس التحرز والاحتياط، والحزم، ودرء كل ما يؤدي إلى مفسدة»[١] فضلاً عن مبدأ سدّ الذرائع.

وكذلك قاعدة: «**تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة**»[٢] وتصرف نوابه وموظفيه، ولذا صيغت هذه القاعدة صياغة مطلقة على وجه لا يقيد التصرف بالإمام وحده، فقيل: (**التصرف على الرعية منوط بالمصلحة**) بإطلاق، وقاعدة: «المصلحة العامة مقدمة»[٣] ومبدأ الإكراه على التعاقد بحق، ومبدأ المثلية، أو مقاربة التساوي بين البدلين في التعامل، تحقيقاً للتوازن بينهما، وهو أصل من أصول العدل في تشريع المعاملات في الإسلام، ولاسيما عند طروء الأزمات، وغير ذلك.

فرعاية المصلحة العامة هي أساس الولاية على الرعية.

هذا، ونظام «الحسبة» من أهم النظم التي تستند إلى مبدأ سياسة التشريع، كما ذكرنا.

قلنا: إن مؤيدات منع جريمة الاحتكار، ومقاومتها في الفقه الإسلامي، جاءت على نوعين أساسيين:

الأول: الوازع الديني، وهو الأصل. **الثاني**: وازع السلطة الدنيوية.

أما الوازع الديني، فيغرسه ما جاء في أحاديث تحريم الاحتكار من تهديد ووعيد بالعذاب الشديد، وهو ينبع من أصل العقيدة.

أما الثاني: فهو أكبر مظهر لتدخل[٤] ولي الأمر، من أجل رعاية المصلحة العامة التي هي أساس ولايته على الرعية، كما أسلفنا.

---

(١) «الموافقات»: (٤/ ١٩٦ وما يليها)، و«الفتاوى» لابن تيمية: (٣/ ١٣٩ ما يليها)، و«شفاء العليل» للإمام الغزالي: ص١٩٩ ـ ٢٠٣.

(٢) «الأشباه والنظائر» للسيوطي.

(٣) «الموافقات»: (٤/ ١٩٦ وما يليها).

(٤) يطلق الفقهاء على «التدخل» كلمة «التعرض» فيقال مثلاً فيما يتعلق بالتسعير ممن لا يراه: «ولا ينبغي للإمام أن يسعر، ولا يجوز التعرض لحقهم» أي: التدخل في حقوق التجار، ونشاطهم الاقتصادي. «رد المحتار»: (٥/ ٣٥٢).

ونعرض الآن اجتهادات الأئمة التي تستند أساساً إلى مبدأ سياسة التشريع في الإجراءات والتدابير، لتتخذها سلطة الدولة الإسلامية في مقاومة الاحتكار، تأييداً لمنعه.

١ ـ جبر المحتكر على إخراج المادة المحتكرة المخزونة، وطرحها في السوق، ليبيعها هو بالسعر التلقائي الحر الذي كان سارياً قبل الاحتكار، مع زيادة يتغابن الناس في مثلها عادة[١]، إزالة للظلم عن الناس، وتحقيقاً للربح المعقول للتاجر، توفيقاً وتنسيقاً بين المصلحتين[٢]، وهو اتجاه الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وغيرهم.

جاء في البدائع: «يؤمر المحتكر بالبيع، إزالة للظلم، لكن إنما يؤمر ببيع ما فضل عن قوته، وقوت أهله[٣]، وإذا أصرَّ على الاحتكار، يعظه الإمام ويهدده ويزجره، ويعزره ويحبسه ويأمره بالبيع، وهذا باتفاق أئمة الحنفية[٤]، هذا والإمام أبو حنيفة وإن كان لا يرى الحجر على البالغ العاقل، غير أنه يرى الحجر عليه في مثل هذه الحال، دفعاً للضرر عن العامة.

وجاء في الدر: «إذا احتكر الإنسان رزقاً، يأمره القاضي ببيع ما فضل عن قوته، وقوت أهله، فإن لم يبع، عَزَّره القاضي بما يراه رادعاً له، وباع عليه طعامه، (أي كَرْها) وفاقاً على الصحيح»[٥].

---

(١) يسبق هذا الإجراء عند بعض الفقهاء وعظ الحاكم للمحتكر، وتهديده، وزجره، أولاً وثانياً، ثم حبسه وتعزيره، حتى يمتنع عن الاحتكار، وأخيراً جبره على بيع ما زاد عن مؤونته وعياله مدة سنة، بل يبيع عليه إذا تمرد. «تبيين الحقائق» للزيلعي: (٦/٢٨)، و«البدائع» للكاساني: (٥/ ١٢٩).

(٢) وهو ما تقضي به مباني العدل وموجهاته في التشريع الإسلامي «أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي»، «بحث موجهات العدل ومبانيه» ص٢٥٦ وص٢٦٨ وص٢٩٢ وص٢٩٨ للمؤلف.

(٣) «البدائع» للكاساني: (٥/ ١٢٩).

(٤) «حاشية ابن عابدين»: (٥/ ٣٥٢)، و«ملتقى الأبحر»: (٢/ ٥٤٧)، و«الهداية»: (٤/ ٧٤)، و«الاختيار»: (٣/ ١١٦).

هذا، ويرى الإمام علي ـ كرم الله وجهه ـ أنّ يوقّع على المحتكر عقوبة تعزيرية بدنية، إذا لم يقلع عن الاحتكار بعد نهي الحاكم إياه، بقوله في رسالته إلى النخعي، عامله على مصر: «فمن قارف حُكرةً بعد نهيك إياه، فنكّل به، وعاقبه في غير إسراف».

(٥) «الدر المختار»: (٥/ ٢٧٨).

وقد بينت الغاية أو المصلحة التي يستهدفها الأمر بالبيع، أو البيع عليه وتعزيره بالوسيلة التي يراها الإمام ناجعة، إذ صرحوا بأنه لإزالة الظلم، فهو إذن إكراه على التعاقد بحق وعدل، فيؤخذ به، وتترتب عليه آثاره، ولا ريب أن الإكراه على العدل، عدل.

وهو ما صرح به أئمة المالكية أيضاً[١]، فمبدأ الإكراه على التعاقد بحق وعدل يستند إلى سياسة التشريع، كما ترى.

أما المالكية: فقد جاء في «المنتقى»: «قال ابن حبيب: «يخرج من يده إلى أهل السوق، يشتركون فيه بالثمن، فإن لم يعلم ثمنه، فبسعره يوم احتكاره».

ويوجه الإمام الباجي هذا الإجراء بقوله: «إنه لما كان هذا الواجب عليه، فلم يفعله، أجبر عليه، وصرف الحق إلى مستحقه»[٢]، فالإكراه على التعاقد إذن إلزام بأداء الواجب كرهاً، وأداء الواجب عدل، وإلّا لما كان واجباً، أو بعبارة أخرى إن إيصال الحق إلى مستحقه عدل، ومنعه ظلم.

فمبدأ التراضي، إنما يتسق مع ما تقتضيه أمانة التكليف عملاً، من تجنب الظلم، والترفع عن التسبب في الضرر، حتى إذا ضعف الوازع، كان الإكراه على ما يقتضيه العدل سياسةً، لأن إعمال مبدأ الرضائية في مثل هذه الحال لا يجدي، بل قد يفضي إلى الظلم العام، مما يرفضه الشرع قطعاً.

أما الشافعية: فقد جاء في «نهاية المحتاج»:

«ويجبر من عنده زائد عن ذلك ـ أي عن مؤنة عياله ـ على بيعه»[٣].

---

(١) «الاعتصام» للشاطبي: (٢/ ١٢٠).

(٢) «المنتقى» للباجي: (٥/ ١٧)، و«الاعتصام» للشاطبي: (٢/ ١٢٠).

(٣) «نهاية المحتاج» للرملي: (٣/ ٤٥٦). هذا، ويفرق الإمام الشاطبي بين الإكراه على طلاق الزوجة، أما إذا أكره بطريق صحيح، فإنه يؤخذ به. المرجع السابق للشاطبي. وأرى أن هذا من باب تعارض المصلحة الخاصة مع العامة، وهذه الأخيرة قاضية على الأولى شرعاً وعدلاً، فيجب التوفيق بمقتضى قواعد الشرع، ولا يلتفت إلى رضا المتعاقدين أو أحدهما.

والحنابلة ـ متقدّموهم ومتأخروهم ـ لا يخرجون عن مبدأ الجبر على البيع، دفعاً للظلم، وقياماً بالواجب، جاء في كشاف القناع: «ويجبر المحتكر على بيعه، كما يبيع الناس ـ أي بالسعر العام في السوق ـ دفعاً للضرر... وكذا السلاح إن احتاجوا إليه».

وجاء في فقه مُتأخِّري الحنابلة ما يلي: «إن لولي الأمر، أن يجبر أهل الصناعات[1] على ما يحتاج إليه الناس من صناعاتهم كالفلاحة، والحياكة، والبناية[2]... فإنه لا تتم مصلحة الناس إلّا بذلك...»[3] وهذا تفقُّه عميق ودقيق لروح التشريع.

هذا، وإن سلب سلطة التصرف في الحق، ممن يثبت أنه ليس أهلاً له، مقصد شرعي[4]، وهو المقصود بسلب أمانة التكليف من الأفراد في مواقع تصرفاتهم الضارة، وفيه إشارة إلى ما للحق في التشريع الإسلامي من وظيفة اجتماعية، يجب على صاحبه أداؤها، ويجبر على ذلك إن تقاعس، استثناءً من القواعد، درءاً لتعسفه.

٢ ـ البيع على المحتكر إذا تمرد:

إذا أصر المحتكّر ـ تعنتاً وتمرداً ـ على الامتناع عن البيع بالسعر التلقائي في السوق الذي يُحدِّده قانون العرض والطب، تولىّ الحاكم ـ أو نوابه ـ بيع سلعه نيابة عنه، وبالسعر الذي كان سارياً قبل الاحتكار عدلاً، حتى لا يُضارَّ هو ولا الناس.

---

(١) «الحسبة» لابن تيمية ص١٤ ـ ٢٥.

وحكم الإجبار ـ كما ترى ـ شامل للعامل الأجير في الفلاحة، كما يشمل المالك للأرض أيضاً من باب أولى، فلا يجوز للمالك أن يمتنع عن فلاحة أرضه واستثمارها بدون عذر معقول، بالنظر لما يترتب على موقفة السلبي هذا، من ضرر بالناس عامة، وبالفقير بوجه خاص، إذ يُحرم من زكاة الزروع والثمار المقررة له شرعاً، فاستثمار الأرض والمال بوجه عام ـ كما يقول الشاطبي ـ من ضروري الحفظ، أي من المقاصد الضرورية في حفظ المال. «الموافقات»: بحث السنة: (٤/ هامش ص٣١).

(٢) تفادياً لأزمة المساكن، ولا ريب أنها إذا استحكمت أضرت بالناس ضرراً فاحشاً يؤثر على وضعهم الاقتصادي والاجتماعي أيما تأثير.

(٣) «الطرق الحكمية» لابن القيم: ص٢٨١ وما يليها.

(٤) «مقاصد الشريعة» للشيخ الطاهر بن عاشور: ص١٦٤.

هذا، ولا يترك «العدل» لإرادات الناس إذا تهاونوا في تنفيذ مقتضاه، لأن اطِّراح العدل ظلم محرم شرعاً، وكل إجراء يؤدي إلى تحقيق الحق والعدل فهو من الشرع.

وهذا الإجراء[١] اتفق عليه الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، والزيدية[٦]، والإمامية[٧]، كما أشرنا، وأتينا بالنصوص الدالة على ذلك من واقع مصادر فقههم.

٣ ـ حرمان المحتكر من الربح، وأخذه منه عقوبةً ومعاملةً له بالنقيض:

هذا ضرب من التغريم بالمال عقوبةً تعزيرية على معصية الاحتكار.

جاء في «المنتقى» للإمام الباجي: «وأما إذا اختزنوا، (احتكروا) وأضروا بالسوق، فإنه يباع عليهم، فيكون لهم رؤوس أموالهم، والربح يؤخذ منهم، فيتصدق به، أدباً لهم «عقوبةً لهم» وينهون عن ذلك[٨]، فالمالكية ـ كما ترى ـ يجعلون لولي الأمر جبره، على أن يتولى هو البيع بنفسه أولاً.

أما المعاملة له بالنقيض، فلأن نيَّته السيئة في الاستغلال، ونزعته المفرطة في

---

(١) «قواعد الأحكام»: (١/ ٧ وما يليها).

(٢) «البدائع»: (٥/ ١٢٩)، و«تبيين الحقائق»: (٦/ ٢٨).

(٣) «القوانين الفقهية» لابن جزيء: ص٢٨١، و«المنتقى» للباجي: (٥/ ١٧).

(٤) «نهاية المحتاج»: (٣/ ٤٥٦).

(٥) «الحسبة» لابن تيمية: ص١٤ ـ ٢٥، و«الإنصاف»: (٤/ ٣٣٩).

(٦) «البحر الزخار»: (٣/ ٣١٩).

(٧) «المختصر النافع»: ص١٤٨.

(٨) (٥/ ١٧ وما يليها)، وإلى هذا ذهب «الإباضية» أيضاً، والحرمان من الربح ضرب من التغريب بالمال على معصية الاحتكار تعزيراً.

وجاء في فقه الإباضية: «ولا يترك المحتكر يبيع بأكثر مما اشترى، بل يجبر على البيع كما اشترى... وقيل: إن أخذ منه (صودر) حين الفراغ من العقد قبل الانتظار (التربص للغلاء) أجبر على البيع، ولو بربح، وإن قبضوا عليه بعد الانتظار، أجبر على أن يبيع بمثل ما اشترى، وقد يمنع من الربح مطلقاً، لسوء نيته. «موسوعة جمال عبد الناصر»: (٤/ ١٩٩) نقلاً عن «شرح النيل»: (٤/ ١٠٤).

الربح[١] تقتضي ذلك، وهذه العقوبة قررها بعض الفقهاء سياسةً، إذ لم يرد نصٌّ بخصوصها، منعاً للاستغلال المحرم، لأنه من الكبائر ـ كما علمت ـ فهو كالربا، كسب خبيث بالانتظار والتربص.

٤ ـ مصادرة الحاكم للمال المحتكر إذا خيف الهلاك على أهل البلد، وتفريقه عليهم[٢] للضرورة.

مواقع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع[٣] لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]. ولقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣]، قالوا: للمضطر أن يأكل من مال الغير جبراً عنه، لسدِّ الرمق بثمن المثل[٤]، وهو قدر متفق عليه بين أئمة المذاهب، إذا بلغت الحالُ بالناس حدَّ الضرورة[٥] والمجاعة، والاحتياج العام يأخذ حكمها، من حيث الاستثناء، كما قدمنا.

٥ ـ تنظيم الاستهلاك، بتوزيع المواد الغذائية وغيرها بالقسطاس المستقيم عدلاً:

ذهب المالكية إلى أنه لا يجوز لأحد أن يشتري من السوق ـ وقت الضيق ـ ما يُضيِّق به على المسلمين، فلا يشتري إلّا قوت أيام أو أشهر، أو أقل حسب الأحوال.

وأما فعل الرسول ﷺ من أنه كان يدَّخر لعياله قوت سنة، فمحمولٌ على حال السَّعة، وهذا ما نقله القاضي عياض عن أكثر العلماء[٦].

---

(١) وجاء في القوانين لابن جزيء: (٢/ ٢٤٧) «إن من اشترى الطعام من الأسواق، واحتكره، وأضر بالناس، فإن الناس يشتركون فيه بالثمن الذي اشتراه به».

(٢) المراجع السابقة: في فقه المذاهب الآنفة الذكر.

(٣) والقاعدة الفقهية المحكمة مؤدّاها: أن «الضرورات تبيح المحظورات».

(٤) «البدائع»: (٥/ ١٢٩). هذا بالنسبة لفرد، دفعاً للضرر عنه، وإبقاء على حياته، وهو مقصد شرعي قطعي، فبالنسبة للأمة من باب أولى.

(٥) «الأشباه والنظائر» للسيوطي: القاعدة الخامسة.

(٦) «المنتقى»: (٤/ ٢٢٨).

وهو ما أكّده التلمساني بقوله: «ومن أراد في الغلاء، أن يشتري عَوْلة (مؤنة) سنة، لم يُمكَّنْ من ذلك..»[(١)].

وهذا بظاهره يشمل التُّجار وغيرهم، كما أشرنا.

فالشريعة تراعي حق أفراد الأمة كافة على السواء، وبالقسطاس المستقيم، إذا اقتضت الحاجة ذلك، لاسيما حق الضعفاء والفقراء الذين لا يملكون إمكانية اختزان أقوات سنة كاملة، أو لم يكن القوت من الوفرة بحيث يستطيع الناس ذلك، يؤيِّدُ هذا حديث الأشعريين[(٢)].

ويشير الإمام الشاطبي إلى هذا المبدأ العام في مثل هذه الحال بقوله: «**إسقاط الاستبداد، والدخول في المواساة، على سواء، وهو محمودٌ جداً**»[(٣)].

٦ ـ الاحتكار الواجب، أو الاختزان الاحتياطي الذي يجب أن تقوم به الدولة، للسلع التي ثبت أن الناس يحتاجون إليها، لحل الأزمات عند الاقتضاء، مقاومةً لاحتكارها، عن طريق المنافسة الحُرّة، مما تقتضيه سياسة التشريع.

هذا إجراء قرَّره الفقيه المالكي «الأبّي» في «شرحه على صحيح مسلم»، واقعاً تاريخياً، بما قام به بعض الخلفاء، ومن شأنه أن يبقي على المنافسة الحرة، ويقاوم الاحتكار في الوقت نفسه إذ يقول: «إنه كان إذا غلا السعر، تَرَفَقَّ (الخليفة) بالمسلمين. فأمر بفتح مخازنه، وأن يباع بأقلَّ ما يبيع الناس، حتى يرجع الناس (المحتكرون) عن غلوِّهم في الأثمان، ثم يأمر مرة أخرى، أن يباع بأقل من ذلك،

(١) «تحفة الناظر»: ص١٢٨. وهو إجراء وقائي قبل الوقوع، كما ترى. وهذا ما صرح به الشافعية: «أن من عنده زائد على كفايته ومؤنته سنة، يُجبر على بيعه في زمن الضرورة، بل قالوا: إنه إذا اشتدت الضرورة يُجبر على بيع ما عنده، ولو لم يبق كفاية سنة». وهذا إجراء علاجي بعد الوقوع. والنص العام ـ كما ترى ـ يشمل التاجر وغيره.

(٢) روي عن الرسول ﷺ أنه قال: «**إن الأشعريين إذا أرملوا في الغزو، أو قل طعام عيالهم بالمدينة، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد، ثم اقتسموه بينهم في إنا واحد، فهم مني وأنا منهم**» [أخرجه البخاري: ٢٤٨٦، ومسلم: ٦٤٠٨، من حديث أبي موسى الأشعري]. وانظر «الموافقات»: (٢/ ٢٤٧).

(٣) المرجع السابق: (٢/ ٢٤٧).

حتى يرجع السعر إلى أوله[1]، أو القدر الذي يصلح بالناس، حتى يغلب الجالب والمحتكرين بهذا الفعل، وكان ذلك من حسن نظره»[2] أي سياسته وتقديره وحكمته، ورعايته للمصلحة العامة.

ويلاحظ، أن الإمام الأبِّي لم يفرق بين الجالب والمحتكر، إذا تغاليا في الأسعار، إذ اعتبِر صنيعُ الخليفة هذا، مقاومة لهما.

٧ ـ الاستيراد لمقاومة الاحتكار:

قد ترى الدولة أن خير وسيلة لكسر الاحتكار، هو استيراد المادة التي يتعلق بها الاحتياج العام، وإفاضتها على السوق، ليكثر عرضها، فينخفض سعرها، وهو ضربٌ من المنافسة الحرة المشروعة أيضاً كما ترى، وقد علمت أن المستورد هو من عبَّر عنه في الحديث بالجالب، والرسول ﷺ قد اعتبر الجالب الذي يوسع على الناس، ويحل أزماتهم، مرزوقاً ميسَّراً عليه في الربح، وهو على النقيض من المحتكر، قصداً وفعلاً، والحديث بإطلاقه شامل لكل جالب، ولو كان الدولة، بخلاف ما إذا احتكر وضيَّق على الناس.

هذا، وعلى الدولة ـ في الأصل ـ حل الأزمات، إذ هي المنوط بها أساساً رعاية الصالح العام، وعدم ترك ذلك لمحض إرادة الأفراد من الجالبين، واختيارهم، ليحلُّوا الأزمات، إذ قد يطمعون، وأيضاً الاستيراد يجب أن يكون موقوتاً، حتى تعمل الدولة على تحقيق اكتفائها الذاتي ما أمكن، لأن الحاجة في أصلها ضعفٌ وسببُها تخلُّف، ولا يجوز للدولة أن تُبقي الأمة على ذلك، أو أن تعمل على إضعافها بالاعتماد على غيرها دائماً، فيما تحتاج إليه، إلّا عند الضرورة، كما يُشترط أيضاً ألا تنقلب الدولة

---

(١) إلى ما كان عليه قبل الاحتكار والتحكم، وهو شبيه بما تقوم به بعض الدول اليوم من إقامة المؤسسات الاستهلاكية، أو الجمعيات الاستهلاكية، لكسر الاحتكار، ومقاومة التغالي في الأسعار.

(٢) (٤/ ٣٠٤ ـ ٣٠٥). المنافسة الحرة المشروعة إذا كانت وسيلة ناجعة لكسر الاحتكار على الوجه الذي بينا، كانت واجبة، وهي ـ في تقدير المشرع ـ أفضل من التسعير الجبري، لمكان الإكراه فيه، ولكونه سبباً لإخفاء السلع في كثير من الأحيان، إلّا إذا كانت الأزمة قد تعيَّن لحلِّها التسعيرُ.

نفسها محتكرةً، ولو كانت جالبة، إذ الضرر لا يزال بضرر مثله. وقد يكون الضرر منها أشدُّ.

٨ ـ منع التصدير[١] إذا أضر بالناس:

لا يجوز للدولة أن تصدِّر أيَّ مادة أساسية ضرورية تمسُّ حاجةَ الناس إليها، ولاسيما ما يتعلَّق منها بالغذاء والكساء، لأن التصدير إذا أضر بالعامة كان في معنى الاحتكار من حيث الأثر، وقد جاء في «تحفة الناظر» للتلمساني، ما يؤكد هذا المعنى، حيث يقول: «من معنى الاحتكار نقل الطعام من بلد إلى بلد آخر، فيُمنع منه، إذا أضر، ويُسوَّغ إذا لم يضر في المشهور»[٢]، ونقول: بل يجب إذا ازداد وفرةً بحيث يغطي أضعاف حاجات الناس، حفظاً على المال الذي هو من ضروريِّ الحفظ، كما يقول الإمام الشاطبي، ولا يُلقى في البحر، كما تفعل بعض الدول الأجنبية، فإذا كان النَّقل أو التصدير من بلد إلى آخر، داخل حدود الدولة في معنى الاحتكار، فإن هذا المعنى متقرِّرٌ بصورة آكد، إذا صدِّر إلى خارج البلد، فيتقرر حكم المنع من باب أولى.

٩ ـ إحراق المادة المحتكرة عقوبة ونكالاً:

روي أن علي بن أبي طالب ﷺ أحرق طعاماً محتكراً بمئة ألف[٣]. وروي عن

(١) التصدير للمادة الفائضة عن حاجة الدولة، واجبٌ شرعاً محافظةً على المال، وسداً لحاجاتها من السلع الأخرى المستوردة، بأثمان الصادرات التي تحصل عليها، والتصدير إنما يكون لمحصول تمتاز الدولة بوفرة إنتاجه بالنظر لجغرافيته الاقتصادية، وقد ترى الدولة تصديرَ إنتاجٍ آخر ليس أساسياً لحياة الناس، بأن كان من المرفهات، أو الكماليات إذا كانت في حاجة إلى أثمان هذه الصادرات لسد حاجاتها الأخرى الأكثر أهمية، والوفاء بمصالحها الحيوية، مما يفرضها عليها وضعها السياسي مثلاً، كشراء الأسلحة، فيوازن حينئذ بين المصالح من حيث الأهمية، ويُقدِّم الأهمُّ على المهم دائماً.
وهكذا ترى، أن التصدير يختلف حكمه شرعاً، من الحِلِّ والحرمة، باختلاف ظروف الدولة وأحوالها، من الوضع السياسي أو الجغرافي الاقتصادي. كما يختلف حكمه تبعاً لنوع المادة المصدرة، ومدى قوة الحاجة إليها.

(٢) «تحفة الناظر» للتلمساني ص١٣١، و«المغني» لابن قدامة: (٤/ ٤٧)، و«الإنصاف» لعلاء الدين المرداوي: (٤/ ٣٣٩).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»: (٤/ ٣٠١).

طريق ابن أبي شيبة أن علي بن أبي طالب أحرق بيادر[١] بالسواد كانت محتكرة[٢][٣].

ويَّتجه على هذا الإجراء، أنه ـ في الأصل ـ مُنافٍ لمقتضى الأصول العامة، من حرمة إضاعة المال في غير مقصد شرعي، ولاسيما وقت الأزمات والغلاء، لأن تحريم إضاعة المال من حق الله تعالى، فكان متعيناً أن يوزع على الناس، ليسدُّوا حاجتهم، ومن الثابت أن المحافظة على المال من المقاصد الضرورية الخمسة القاطعة[٤].

ويمكن أن يجاب عن تصرف علي ﷺ على هذا الوجه، بأنه قد يحقق مقصداً شرعياً ـ في اجتهاده ـ وهو الردع والزجر، إذ عقوبة التغريم على هذا الوجه من شأنها أن تترك أثرها البالغ في نفوس المحتكرين فتردعهم، وهي مصلحة تربو على مصلحة المحافظة على هذا القدر من المال المُحرَق.

وسياسة التشريع تقوم على هذه الموازنة بين المصالح المتضاربة، ويُتَّخذ من الإجراءات ما من شأنه أن يحقق مقاصد التشريع.

وأيضاً روي تأويلٌ لهذه الواقعة مؤدَّاه، أن البيادر إنما أُحْرقت لما اعتراها من الفساد، دفعاً لضررها باتخاذها طعاماً، لا لاحتكارها.

وأياً ما كان، فنحن نرى، أن سياسة الإحراق هذه لم تتمَحَّض أو تتعين إجراءً للردع، ما دام ثمة إجراءات أخرى خيرٌ منها، تقوم مقامها، دون تضييع للمال، ولا سيما وقت الحاجة الماسة إليه، فيجب الموازنة بين الوسائل من حيث الصلاحية، وخفَّة الضرر، والإفضاء إلى المقصود الشرعي، فلِمَ لا يكون رادعاً نزعُ المال من المحتكر، ومصادرته وتوزيعه على الناس على أن يردوا قيمته بلا ربح، دون أن يستضر المحتكر في أصل ماله؟ وهو ما أشار إليه الإمام الشاطبي، مبدأ يجب التزامه في مثل

---

(١) «البيادر»: المكان الذي تجمع فيه الحبوب، والمقصود هو الحبوب نفسها.

(٢) «المحلى»: (٩/ ٧٨ ـ ٨٠)، و«معالم القربة في أحكام الحسبة» لابن الأخوَّة ص١٢٢.

(٣) أخرجه في «مصنفه»: (٤/ ٣٠١).

(٤) «الموافقات» للشاطبي: (٤/ ٢٨).

هذه الحال بقوله: «وأما المحتكر، فإنه خاطئ باحتكاره، مرتكب للمنهي عنه، مضر بالناس، فعلى الإمام أن يدفع إضراره بالناس على وجه لا يستضر هو به»[١]، جمعاً بين الحقَّين ما أمكن، والعقوبة هي حرمانه من الربح أصلاً، معاملة له بنقيض قصده كما بينا.

١٠ ـ منع المنافسة غير المشروعة التي تفضي إلى الاحتكار، والتحكم في الأسعار، مآلاً (منع إرخاص الأثمان من قبل طائفة من التجار عن مستوى السعر العام في السوق):

قد تعمد طائفة من التجار ذات مركز اقتصادي قوي إلى إرخاص الأثمان عن السعر العام في السوق الذي يحدده ما يسمى بقانون العرض والطلب، فتمنع من ذلك، دفعاً لضرر عام متوقع غالباً، نتيجة لما تُسفِر عنه هذه المنافسة التي تعمد إليها تلك الطائفة من تحوُّل سائر التجار عن السوق، فتنفرد هي بالسوق، لتتحكم بالسعر آخر الأمر، وهذا تدبير وقائي سياسي، يحول دون التسبب في الضرر العام مستقبلاً.

أما ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ من أنه قال لحاطب بن أبي بلتعة: «بعْ كيف تشاء»[٢]، فذلك لعدم تحقق مناط التذرع لهذا المآل في اجتهاده، كما أسلفنا، وهذا المنع مقرَّرٌ في الفقه المالكي[٣].

١١ ـ المنع من الهجرة الداخلية:

هجرة القَرويين إلى المدن إذا أدّت إلى ضرر عام بأهلها، يتَّخذ مظهر ارتفاع الأسعار، وغلاء المعيشة، أو نشوء أزمة المساكن، أو الإضرار باقتصاد الدولة، يجب منعها، بالنظر إلى هذا المآل الممنوع شرعاً، إذ من الملاحظ أن هذه الهجرة تؤدِّي إلى إهمال استثمار الأرض الذي يؤثر بدوره في حجم الإنتاج الزراعي والحيواني نقصاً، والإهمال والنقص سببٌ من أسباب الغلاء بلا ريب.

---

(١) «الموافقات» للشاطبي: (٢/ ٣٥٣).

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»: (٦/ ٢٩).

(٣) «المنتقى»: (٥/ ١٧)، و«رسالة تعليل الأحكام» للشيخ مصطفى شلبي ص٦٤.

أضف إلى ذلك، أن ازدحام المدن نتيجةً لهذه الهجرة، مما يؤدِّي إلى نشوء أزمة السكن واستحكامها، وشيوع البطالة في المدن، وهو ضرر بالغ ينبغي ألا يُستهان به من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، وعلى وليِّ الأمر، أن يجبر مالك الأرض على استثمار أرضه، وألا يبرحها عند الاقتضاء، حتى لا يكون الاستثمار إلى اختياره، دفعاً للاحتياج العام، أو الوفاء بالحاجة العامة التي هي حق لله تعالى، كما علمت.

وأيضاً، إهمال الاستثمار الزراعي، أو استثمار المال بوجه عام، ضربٌ من تضييع المال، وهو محرَّمٌ شرعاً[1]، والتحريم حق الله تعالى، ولا خيرة فيه للمالك، أضف إلى ذلك، أن إهمال الاستثمار ينافي حكم الملكية في الإسلام، من أنه يستهدف تحقيق مصلحة اجتماعية واقتصادية، وهو ما يطلق عليه اليوم «**الوظيفة الاجتماعية للحق**». فإذا كانت الملكية حكماً شرعياً، أو ثابتة به، فكل حكم مُغَيًّا بمصلحة، إذ لا تجد في الشرع حكماً في تشريع المعاملات، مسلوبَ الحكمة التشريعية، أو المصلحة التي شُرِع من أجلها، وإلا كان العبث والتحكم كما أسلفنا، وكلاهما غير مشروع.

ولا ريب أن إهمال الاستثمار، أو الموقف السلبي من حق الملكية، من أوْكَدِ الأسباب المفضية إلى الغلاء، لقلة المحصول، وإلى هذا يشير الإمام الشاطبي بقوله:

«إن التنمية من ضروريِّ حفظ المال، خشيةَ ألّا يفي، أو أن يفنى»[2].

ومن المقررات الشرعية أن تصرف الفرد ينبغي أن يكون ضمن ما تقتضيه المصلحة العامة.

هذا، وقد تقتضي أوضاع الدولة الاقتصادية استثمار أنواع معينة من المحصول، لشدَّة الحاجة إليها بالذات، ولا ريب أن ترك الاختيار للفلاحين[3]، قد لا يساعد على

---

(١) ورد في الحديث الذي أخرجه البخاري: ١٤٧٧، ومسلم: ٤٤٨٣، وأحمد: ١٨١٧٩، من حديث المغيرة بن شعبة، أن النبي ﷺ نهى عن قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال، والنهي يقتضي التحريم.

(٢) «الموافقات»: (٤/ ٣١) في الهامش. فقد اعتبر الإمام الشاطبي أن التنمية من الضروريات، وهي أعلى وأقوى مقاصد التشريع مستوى واعتباراً.

(٣) هذا، وسياسة الدولة الأموية في عهد الخليفة عبد الملك بن مروان، اتّجهت إلى منع الهجرة الداخلية، =

سدِّ هذه الحاجة، لجهلهم بها، فدفعاً لهذا الضرر المتوقع، أو اللجوء إلى الاستيراد لهذه الأنواع بأثمان مرتفعة، يتعيَّنُ على وليِّ الأمر أن يحدِّد المناطق التي يجبر أصحابها على زراعة نوع معين من المحصول ـ الغلات أو الخضر ـ بناءً على ما يقتضيه الصالح العام، بعد الاستعانة بالخبرة العلمية من حيث صلاحية الأرض لنوع المحصول المقترح، ومدى وفرة إنتاجه[1] وجودته.

وهذا من باب قضاء المصلحة العامة على الخاصة، وتقييدها بها، أو تقديمها عليها عند الاقتضاء، تحقيقاً لمبدأ التعاون، والواقع أنْ لا تقديمَ هنا، وإنما هو توفيقٌ بينهما.

١٢ ـ توزيع الدولة الأراضي التي تملكها هي على الناس، وتوفير مواد البناء لهم، بالثمن المعقول، تمكيناً لهم من إنشاء الأبنية، سدّاً لحاجتهم الماسة، وحلاً لأزمة السكن، وذلك من المقاصد الضرورية في التشريع الإسلامي، إذ الواقع أن منافع الدور والمساكن ومحالِّ التجارة وما إليها، لا تقلُّ أثراً وخطراً في حياة الناس عن أزمة المواد الأساسية الأخرى، فارتفاع أجرها أو أثمانها ارتفاعاً فاحشاً يُجاوز حدَّ المعقول، مما يؤثر على وضع الفرد بوجه خاص، والأمة بوجه عام، اقتصادياً واجتماعياً، حاضراً ومستقبلاً، وقد رأينا فقهُ متأخِّري الحنابلة، والمالكية، والإمام أبي يوسف من الحنفية، على تعميم حكم الاحتكار ضرورةَ مجابهة مثل هذا الواقع بما يناسبه من إجراء ناجع، وفي ضوء ما تقضي به سياسة التشريع، لاجتثاث أصول الأزمة

= إذ اقتضت ذلك المصلحة العامة، من توفير المال لتغطية نفقات الفتوح في السِنْد، وما وراء النهر في المشرق، وشمال أفريقية في المغرب، وعلى تخوم الدولة البيزنطية في آسيا الصغرى، وذلك لا يتأتّى إلّا بإبقاء الفلاحين في أراضيهم، يستثمرونها سدّاً لحاجة الأمة والدولة، ونشر الدعوة الإسلامية. وكان الحجاج ـ وهو من أبرز ولاة الدولة الأموية ـ يُمهر ذراعَ القروي بخاتم يترك أثراً لا يمّحي، يتضمن اسم الشخص، وقريته التي ينتمي إليها، ويعمل فيها. منعاً من هروبه أو تحاليه، حتى إذا وجد يعمل في المدينة، أُرجع إلى قريته وعوقب. «تاريخ الإسلام السياسي»: ج٢، الدكتور حسن إبراهيم حسن.

(١) «نظرية المصلحة» للدكتور حسان: ص٢٣٤، و«الموافقات»: (٣/ ٢٠٦).

من منابتها، ثم ناطت ذلك كلّه بوليِّ الأمر رأساً، بما أوْلاه الإسلام من سلطاتٍ تقديرية واسعة، مستعيناً بالخبرة العلمية المتخصصة، والاجتهاد التشريعي الجماعي معاً، ضماناً لتحقيق ما تقتضيه المصلحة العامة التي هي أساس ولايته، ومن ذلك كسر احتكار الأراضي المملوكة ملكيةً[1] خاصةً من قبل طائفة من الأفراد الأثرياء، يتحكمون في أثمانها، وكسر احتكار المقاولين للأبنية، المتغالين في أثمانها تغالياً غير معقول أيضاً، فتدخل الدولة منافسةً لهم، بتوزيع ما تملكه هي من أراضٍ على الناس بسعر عادل معقول، وقدّمنا أن الإمام أبا يوسف يرى أن الاحتكار في كل شيء حتى الذهب والفضة والثياب، والأرض أثمن من الذهب والفضة، من حيث كونها مصدراً للخير والانتفاع، زراعةً وعمراناً، فاحتكارها أشدُّ ضرراً بالبداهة[2].

على أن الأراضي التي تملكها الدولة إنما هي - في واقع الأمر - مِلْكٌ للعامة، ثم يملكها الأفراد إما بالإحياء، وإما بالشراء بالسعر المعقول، تحقيقاً لصالحهم، وذلك حسب ما يقتضيه وضع الدولة وأحوالها المالية والاقتصادية، لأن مردَّ ذلك كله إلى الأمة، بما يحقق مصالحها ومرافقها العامة في شتى مناحي حياتها.

وأيضاً، إذا كان للعامة حق يتعلّق بملكية الأفراد في ظروف الاحتكار والغلاء بالإجماع، فلأَنْ يتعلّق حقهم بما يملكونه هم ملكية عامة، من باب أولى، فيقتطعون منه، كلٌّ حسب حاجته، بالثمن المعقول، وعلى حسب ما يراه الإمام محققاً للمصلحة الحقيقية المعتبرة شرعاً!!

---

(١) راجع: بحث الأستاذ المرحوم الشيخ أبي زهرة «التعسف في استعمال الحق» الذي ألقاه في أسبوع الفقه الإسلامي الذي انعقد في دمشق، ونشر في كتاب أصدره المجلس الأعلى للعلوم والفنون والآداب بالقاهرة ص٦٥٧ سنة ١٩٦٠.

(٢) المرجع السابق.

يؤكد هذا المبدأ العام، من وجوب رعاية الحقين، بقطع النظر عن نوع المادة المحتكرة، لأن دفع الضرر الناشئ عن فقدان المأوى، لعدم تيسر الأرض التي يشاد عليها إلّا بثمن فاحش، مقصد شرعي، وكذلك بالنسبة للفلاحين الذين لا يجدون الأرض التي يستثمرونها، ليسدوا حاجتهم ومن يعولونهم، والأراضي الشاسعة بيد طائفة من الأثرياء، يتحكمون في أسعارها، ولا يستثمرونها، ألا ترى إلى الإمام أبي يوسف حيث قال: «الاحتكار في كل شيء حتى الذهب والفضة والثياب».

وأيضاً، نصَّ الفقهاء ـ كما قدَّمنا ـ على أنه لا يجوز أن يُبقي أحدٌ في ملكيته وحوزته ما يزيد عن حاجته من القوت الضروري الذي به بقاء حياته وعياله، عند الاحتياج العام، بل يُباع عليه جبراً، فلأن يمتنع عليه أن يُبقي في ملكيته وحوزته ما يزيد عن حاجته من الأراضي الشاسعة، في هذه الحال، إذا كان يمتلكها ويتحكم في أسعارها، أو يحبسها تربُّصاً بالناس الغلاء من باب أولى[1]، فإما أن يبيع بثمن المثل، لا وكس ولا شطط، وإما أن يباع عليه جبراً، دفعاً للضرر العام، وأداءً للواجب، ويعاقب على تركه.

وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن تيمية: «إذا امتنع الناس، من بيع ما يجب عليهم بيعه، فهنا يؤمرون بالواجب، ويعاقبون على تركه، وكذلك من وجب عليه أن يبيع بثمن المثل، فامتنع أن يبيع إلّا بأكثر منه، فهنا يؤمر بالواجب (يجبر عليه) ويعاقب على تركه، بلا ريب»[2].

ويقصد بالواجب هنا «العدل» إذ لا يجوز شرعاً أن يُؤمر أحد بظلم، وهذا هو «النظر الشرعي» الذي يجب على ولي الأمر المسلم أن يحمل الناس عليه، لأن «ثمن المثل» ينطوي على تنفيذ مقتضى مبدأ رعاية الحقين، في ظرف الاحتياج العام، أو عارض الأزمات الاقتصادية الحادة، مما نعاني اليوم من ارتفاع أثمان الأراضي والمساكن وغيرها ارتفاعاً غير معقول، فلا تقف الشريعة مكتوفة الأيدي أمام عارض[3] سوء تصرُّف المالكين، وتحكُّمِهم، وتفاقم الضرر واستفحاله دون حلٍّ،

---

(١) هذا أيضاً، قول الإمام ابن تيمية: «إذا امتنع الناس من بيع ما يجب عليهم بيعه، فهنا يؤمرون بالواجب، ويعاقبون على تركه، وكذلك من وجب عليه أن يبيع بثمن المثل، فامتنع أن يبيع إلّا بأكثر منه، فهنا يؤمر بالواجب (يجبر عليه) ويعاقب على تكره، بلا ريب»، «الحسبة» ص٣٥. وبنحوه «الطرق الحكمية» لابن قيم الجوزية: ص٢٧٨.

(٢) «الحسبة»: ص٣٥، وبنحوه قال ابن قيم الجوزية في «الطرق الحكمية» ص٢٧٨.

(٣) قدّمنا، أن كلَّ عارض يطرأ ينشأ عنه مناط خاص، أو دليل تكليفي، يعارض دليل حكم الأصل، فتجب الموازنة والترجيح، تبعاً للمآل، من المفسدة أو المصلحة الراجحة، وهذا من باب تحقيق المناط الخاص.

مهما كان نوع المادة المحتكرة، لأن دفع الضرر عن عامة المسلمين، أيّاً كان منشؤه، مقصد شرعي قطعي.

١٣ ـ التسعير الجبري:

وهو ما نفرد له بحثاً خاصاً، لكونه موضوعاً خصباً للاجتهادات الفقهية، ومبدأ هاماً من مبادئ النظام الاقتصادي في الإسلام.





١ ـ اختلف الفقهاء في تحديدهم لمفهوم الاحتكار شرعاً، تبعاً لاختلافهم في شروطه.

على أن بعضهم قد ضيَّق من مفهومه بحيث جعله يَقصُر عن استيعاب مقوِّمات مفهوم الاحتكار الأساسية، من مثل ظاهرة الاحتياج العام، إبَّان الأزمات، كالشوكاني، وآخرون قد قَصَروا من شموله، إذ جعلوا مُتعلَّقه القوت أو السلع، مما جعل علة حكم الاحتكار ـ في اجتهادهم ـ هي خصوص الضرر المتعارف الناشئ عن الطعام أو السلع، لا مطلق الضرر العام، أيّاً كان منشؤه من الأعمال، والمنافع، وغيرها، مما له أثر بالغ في حياة الأمة، إذا اشتدت حاجتها إليه.

وبعضهم أظهر عنصر «القصد» إلى التربُّص والتغالي، لينفي صفة الاحتكار عن الادخار للمؤنة.

غير أن الضرر العام إذا كان مُتوقعاً أو واقعاً فعلاً، اتجه النظر الشرعي إلى دفعه أو رفعه، بقطع النظر عن القصد، ولو كان حسناً، وإذا اشتدت الأزمة تفاقماً، ازداد تعلُّق حق العامة شرعاً بما عند المالكين، حتى بالمدَّخر للمؤنة، وانسحب حكمَ الاحتكار عليه، ليكون الناس أسوة فيه، والأسوة عدالة، وأيضاً هذه التعاريف لم تحدد نسبة الغلاء، أو مقدار جسامة الضرر، فيرجع ـ في ذلك ـ إلى العرف.

ولا جرم أن اختلاف اجتهاداتهم في تصورهم لحقيقة الاحتكار، انعكاس لمقتضيات بيئاتهم، والمستوى الحضاري الذي بلغوه في عصرهم، فضلاً عن تفاوتهم في الملكات الذهنية.

٢ ـ عرَّفنا الاحتكار بأنه: «احتباس كلِّ ما يحتاج إليه الإنسان والدولة والحيوان، على وجه يضرُّ بهم، ويوقعهم في مشقة وعُسْر، من مواد غذائية وفاكهة وكسوة ومنافع المساكن، وأدوات زراعية وصناعية وحربية وأدوية ووقود، ومنافع وأعمال فنية، مما يحتاجون إليه في كافة مرافقهم، والامتناع عن بيعه أو بذله، أو القيام به عند حاجة الناس إليه إلّا بسعر فاحش، وعلى نحو غير مألوف».

وأساس ذلك، أن كلَّ ما لا تقوم مصالح الأمة والدولة إلّا به، فهو واجب تحصيله وبذله، بثمن أو أجر المثل.

أبرز التعريف ظاهرة الاحتياج العام.

٣ ـ هذا، والاختلاف الاجتهادي في مفهوم الاحتكار ـ على النحو الذي أوردنا عند الفقهاء ـ يعكس لنا اختلافهم في تقدير مدى «الحرية العامة» في التجارة، أو حرية التصرف في حق الملكية ومداه في الشريعة الإسلامية.

٤ ـ والواقع، أن مدى هذه الحرية يختلف ضيقاً وسعة، تبعاً لظروف الجماعة، ومدى حاجتهم، مما يؤكد «مبدأ التكافل» الاجتماعي بين الفرد ومجتمعه تشريعاً ملزماً ينفذه ولي الأمر، لا حكماً أخلاقياً فحسب موكولاً إلى اختيار الفرد، الأمر الذي ينأى بفكرة الحق عن الفردية المطلقة قطعاً.

٥ ـ أما المادة المحتكرة أو موقع الاحتكار، فالأصل في التعميم، قوله ﷺ: «**من احتكر حُكرةً يُريد أن يُغْلي بها على المسلمين، فهو خاطئ**»[1] بإطلاق، دون تقييد بنوع من المواد التي يقع عليها الاحتكار، وكذلك قوله ـ عليه السلام ـ: «**من احتكر فهو خاطئ**»[2].

فالحديثان الشريفان ـ كما ترى ـ صريحا الدلالة على أنّ كل ما أضرَّ بالناس احتباسُه ومنعُه فهو احتكار، للإطلاق والعموم، إذ «العلة» مطلق الضرر العام في حدِّ ذاته.

(١) أخرجه أحمد: ٨٦١٧، من حديث أبي هريرة، وهو حديث حسن لغيره.

(٢) أخرجه مسلم: ٤١٢٣، وأحمد: ١٥٧٥٨، من حديث معمر بن عبد الله العدوي.

نعم! ورد من أحاديث الاحتكار ما هو مُقيد بالطعام (من احتكر طعاماً. .) لكنا نرى أنْ لا تعارض بينها حتى يُحمل المطلق على المقيَّد، ومعلوم أن الموجِب لهذا الحمل أو التأويل، هو التعارض، فإذا انتفى، كان إعمال الدليلين خيراً من إهمال أحدهما، فيبقى المطلق على إطلاقه، والمقيَّد فردٌ من أفراد المطلق، وإلى هذا ذهب المالكية والزيدية ومُتأخِّرو الحنابلة والإمام أبو يوسف من الحنفية، كما رأيت.

وأيضاً تقرر في علم الأصول: أن «إفراد فردٍ من العام بحكمه، لا يخصصه»، أي يبقى العام على عمومه، ويُحمل تخصيص الطعام بالذكر هنا، على أنه أظهر أو أغلب ما يتضرّر الناس بمنعه وقوعاً، لغلبة وقوع الاحتكار فيه، لا لنفي الحكم عما عداه، أي إنما أورده الشارع على سبيل المثال فخصَّه بالذكر لأهميته، لا على سبيل التقييد أو الحصر، ولأن الطعام لَقَبٌ، ولا مفهوم للقب عند الجمهور، فلا يدل بالتالي على نفي حكم الاحتكار عما سوى الطعام، بل يشمله بحكمه.

وأيضاً الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، على ما هو مقرّر أصولياً، وهذا هو قانون «التلازم المنطقي» في التشريع، طرداً وعكساً، فحيثما وجد الضرر العام من جراء احتكار مادةٍ ما، وُجِد الحكمُ وهو المنع، تحقيقاً لمراد الشارع، لأن الضرر العام، هو العلة الوحيدة والحقيقية للاحتكار، لا خصوص الضرر المتعارف الذي ينشأ عن منع القوت خاصة.

٦ ـ أصول منع الاحتكار واردة في السنة، وآثار الصحابة.

٧ ـ أما حكم الاحتكار:

فقد اتفق جمهور الفقهاء، على أن الاحتكار حرام وممنوع، وهو في نظر الشريعة جريمة، بل كبيرة، وإلّا ما كان حقاً على الله تعالى أن يُقْعِدَ المحتكر بمكان عظيم من النار يوم القيامة ـ كما ورد في الحديث ـ وأنه خاطئ أي عاصٍ آثم.

واعتمد الإمام الكاساني في تحريمه، على معنى «الظلم» في حدِّ ذاته، إذ هو محرم قطعاً، والظلم هنا هو منع الحق عن مستحقه، لأن حق العامة قد تعلَّق بما عند المحتكرين، وقت الحاجة شرعاً.

هذا، ويلزم عقلاً بدلالة الإشارة، أنه حرام، لِما رتب الشارع عليه من التهديد والوعيد الشديد، بل إن لفظ «البراءة» لم يرد في القرآن الكريم غلّا في شأن المشركين، مما يدل على عِظَم جريمة الاحتكار، كعِظَم جريمة الشرك، بل قيل في حق المحتكر: «**فكأنما قتل نفساً**»[(١)]، وقتل النفس من أعظم الجرائم.

وهكذا نرى، أن استعمال حق الملكية أو الحرية العامة في التجارة على نحو يضرُّ بالمجتمع، جريمةٌ بل كبيرةٌ تستوجب العذاب الأليم يوم القيامة، ولا يقلُّ هذا الوعيد على الاحتكار عن الوعيد القرآني على الربا، فكلاهما استغلال بالانتظار والتربص، وضرر عام محرَّم.

أما جمهور الحنفية القائلون بالكراهة التحريمية التي تقتضي المنع أيضاً، فذلك بناء على أصل فقهي عندهم لا يلزمون به غيرهم، على أنْ لا خلاف بين الفريقين عملاً، لأنهم متفقون على المنع.

٨ ـ ليس النهي عن الاحتكار لذاته، بل لما ينشأ عنه من ضرر عام، وما يفضي إليه من ظلم مآلاً، وذلك الضرر العام اللاحق بالمسلمين هو الذي يشير إليه قوله ﷺ: «**من احتكر حُكرةً يريد أن يُغلي بها على المسلمين فهو خاطئ**»[(٢)].

والمقصود بالمسلمين هنا ليس كافَّتَهُم فحسب، بل يكفي ـ ليتحقق حكم الاحتكار ـ أن يَلحق الضرر بجماعة منهم، كأهل قرية، أو مدينة، أو قُطر من أقطارهم، أو طائفة أو أهل مهنة أو حرفة منهم.

وعلى هذا، فالاحتكار محرَّمٌ وممنوع، لا لذاته، بل لأثره ومآله.

٩ ـ الأزمات والظروف الاقتصادية الحادة تجعل للعامة حقاً يتعلق بما عند المالكين، وحكم الاحتكار يعمُّ التجار وغيرهم في الظروف الاستثنائية، كالحروب والكوارث والمجاعة والغلاء، فإذا جاز للشخص أن يدّخر مؤنة عياله سنة كاملة، عملاً بما ثبت من فعل الرسول ﷺ فذلك محمول على الأحوال العادية حيث لا ضرر

---

(١) «معالم القربة» لابن الأخوة: ص١٢١، و«الزواجر»: (١/ ٢١٦) لابن حجر.

(٢) أخرجه أحمد: ٨٦١٧، من حديث أبي هريرة، وهو حديث حسن لغيره.

فيه على أحد، أما في الظروف الاستثنائية ـ وهي متفاوتة في الشدة ـ فلا يجوز له ذلك، لأنه يُعتبر محتكراً، ويُجبر على إخراج ما احتكره إلى السوق، ليستوي هو وغيره في أخذ كفايته كلَّ يوم، وهو ما ذهب إليه المالكية، هذا فضلاً عما يجب أن تتّخذه الدولة الإسلامية من التدابير والإجراءات الاقتصادية لتفريج الأزمة، وكسر الاحتكار، كالاستيراد والمنافسة المشروعة، وغير ذلك من الإجراءات الناجعة التي تقتضيها سياسة التشريع.

ولهذا، لا يقال ـ كما ورد في «المغني» و«كشاف القناع» في الفقه الحنبلي ـ إنه يجوز للفرد أن يدخر مؤنة عياله مدة سنة، ولا يُمنع من ذلك، لأن الضرر لا يزال بالضرر، لأنا نقول: إن اختزان المواد الغذائية للمؤنة مدة سنة، إنما يجوز في الأحوال العادية حيث لا يكون ثمة من تضييق على الآخرين، تبعاً للظروف، وعلى هذا، يجب أن يحمل فعل الرسول ﷺ في اختزانه التمر لعياله مدة سنة، على وقت الاتساع والرخص.

على أن المالكية والإمام الغزالي ـ كما رأيت ـ يَروْن كراهة ذلك في المواد الغذائية حتى في حالة الرخاء والرخص.

وأيضاً: لا ضرر على من يريد ادِّخار المؤنة إذا مُنعوا وقت الأزمات، لأنهم سيأخذون كفايتهم يوماً بعد يوم، أو شهراً بعد شهر، كسائر الناس، والأسوة عدالة[1]، هذا إذا اقتضت الظروف ذلك، ولكل ظرف إجراء عادل يناسبه.

١٠ ـ أصل ذلك أن: حقَّ الغير محافظ عليه شرعاً إبّان ممارسة كلِّ ذي حق لحقّه، كسباً وانتفاعاً.

ذلك الأصل العام الذي أصَّلته الشريعة في كلِّ تصرف فردي ـ إباحةً كان أم حقاً ـ هو وجوب ملاحظة حق الغير، وهو حق الله تعالى في كل حق فردي على ما قرّره

(١) «الموافقات»: (٣٥٣/٢) حيث أتى بحديث الأشعريين تحت عنوان: «إسقاط الاستبداد، والدخول في المواساة على سواء، وهو محمود جداً»، وإذا كان هذا من مكارم الأخلاق، أو من الأحكام الديانية الموكولة إلى أمانة المكلف في الأصل، فإنه يصبح حكماً شرعياً ملزماً إذا مسّ الصالح العام.

الإمام الشاطبي، وهو «محافظ عليه[١] شرعاً» ولا خِيَرةَ فيه للعبد، فهو من النظام الشرعي العام، والفقه الثابت الذي لا يجوز التهاون فيه، أو الاتفاق والتصرف على خلاف مقتضاه، وقد رأيت المالكية يجعلون للعامة في هذا الظرف، حقاً يتعلّق بما يختزنه الفرد من الطعام، ويجبر على إخراجه وبدون ربح، إذا كان المحتكر تاجراً متربِّصاً، إيصالاً للحق إلى مستحقه، عدلاً وتكافلاً ملزماً، ومعاملةً له بنقيض قصده.

كما ترى الحنفية أيضاً، يثبتون للعامة ـ في مثل هذا الظرف ـ هذا الحق متعلقاً بحق المالكين، كما جاء في تبيين الحقائق للزيلعي[٢] وغيره، حتى لا يكون حق الملك الفردي خالصاً لصاحبه يتصرف فيه كيف يشاء، لتعلق حق العامة به وقت الأزمات الاقتصادية، بل يحُدُّ من حريته في هذا التصرف ويُقيِّده على وجه لا يذهب بحق الجماعة ويضرُّ بهم، عملاً بمبدأ «حق الغير» وأنه محافظ عليه شرعاً، وهذا المبدأ هو قوام تقييد الإباحات والحقوق الفردية في التشريع الإسلامي إبان استعمالها كسباً وانتفاعاً، دَرْءاً للاعتساف والظلم، وتحقيقاً للصالح العام، وهو مظهر للتكافل الاجتماعي الملزم بين الفرد وأمته.

١١ ـ من حيث تطبيق القواعد الأصولية على حكم الاحتكار، فالمقرَّر في علم الأصول أن: «المصلحة العامة مقدمة»[٣] والقواعد الفقهية ناهضة بذلك[٤]، وبيانه فيما يلي:

١٢ ـ أن الضرر اللاحق بالناس ـ بسبب احتكار التجار وغيرهم لما يحتاجونه ـ واجب الدفع، ودفعه[٥] مصلحةٌ حاجية، وإن لم تبلغ مبلغ الضرورة.

---

(١) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢/ ٣٢٢).

(٢) يعلل الزيلعي عدم جواز الاحتكار بقوله: «ولأنه تعلق به حق العامّة، وفي الامتناع عن البيع، إبطال حقهم، وتضييق الأمر عليهم». «تبيين الحقائق» للزيلعي: (٦/ ٢٧)، و«رد المحتار»: (٥/ ٢٧٨)، و«الاختيار»: (٤/ ٢٢٢).

(٣) «الموافقات للشاطبي»: (٢/ ٣٥٠ وما يليها).

(٤) من مثل «يُختار أهون الشرين»، ومن مثل: «يُتحمَّل الضرر الخاص في سبيل دفع ضرر عام».

(٥) الاحتكار حرام، والمنع من فعل الحرام واجب. «معالم القربة» لابن الأخوَّة ص١٢٣.

هذه المصلحة الحاجية ـ وهي من صميم مباني العدل ـ مخصصةٌ للنصوص الناهضة بالأصل العام، وهو أن الفرد في الشريعة حرُّ التصرف إيجاباً وسلباً في التجارة والملك على الوجه الذي يحقق مصلحته الخاصة، وكذلك مخصَّصة للنصوص الناهضة بمبدأ الرضائية في العقود، ومقيدة لها، بما لا يُلحق ضرراً بالجماعة، إزالةً للظلم العام، والواقع أن التخصيص إنما هو بالأدلة التي نهضت بحجِّية هذه المصلحة.

فالمالكية والحنفية والحنابلة يقولون بتخصيص النصِّ العام بالمصلحة الحاجية ـ وهو ما يسمى بالاستحسان ـ بأن تشتدَّ الحاجة إليها، ويعمَّ بلواها، ويغلب عُسَر الانفكاك عنها، بحيث لو لم تُدفع، لَوقعَ الناس في حرجٍ وضيْقٍ شديدين غير مألوفين، وهي المعروفة عند الفقهاء جميعاً، بالحاجة المنزلة منزلة الضرورة، والضرر اللاحق بالجماعة جراء احتكار ما يحتاجون إليه، والامتناع عن عرضه وبيعه بسعر المثل، من أفراد المصلحة الحاجية، ودفعه من مقتضى العدل، إذن تخصيص العمومات يقتضيه العدل.

والواقع أن الشافعية يقولون بتخصيص المصلحة الحاجية للنص العام أيضاً، يرشدك إلى هذا، ما جاء في كتاب «الأشباه والنظائر» للسيوطي ـ وهو شافعي المذهب ـ من القاعدة المُحكمة السابقة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة» وقد طبقها الشافعية فعلاً في موضوع الاحتكار، إذ قالوا بحرمته ومنعه، والحدّ أو التقييد من حرية التاجر أو المالك في التصرف في الملك.

١٣ ـ والواقع أيضاً، أن تخصيص العمومات بالمصلحة الحاجية أمرٌ مجمعٌ عليه، لا يسعُ مجتهداً مخالفتُه، لأنه يؤول إلى تعارض أصلين، يتعيَّن ترجيح أقواهما، تحرياً لمراد الشارع الذي هو مقتضى العدل والمصلحة، إذ من المعلوم أن الأصل حرية المالك في التصرف في ملكه، أو الحرية في التجارة، وهذا هو «المناط العام» الثابت بأصل مقطوع به شرعاً، غير أن المالك حين أساء التصرف، أو تَعسَّفَ في حقه بأن احتكر، فاحتكاره قد ترك أثراً هو الضرر بعامة الناس، فنشأ

عن هذا الأثر دليلٌ تكليفيٌّ آخر، أو أصل قطعي يقضي بتحريم ومنع التسبب في هذا الضرر العام، إيقاعاً أو وقوعاً، كما ينفي إيقاع الناس في الحرج والمشقة غير المألوفة، وهذا هو «المناط الخاص» في هذه المسألة.

وتأسيساً على هذا الأصل، نهض اعتبار المصلحة العامة.

إذن تنازع هذا التصرف ـ وهو الاحتكار ـ أصلان شرعيان قطعيان:

أحدهما: يتعلَّق بأصل التصرف في الملكية أو حرية التجارة، فيبيحه، تحصيلاً للمصلحة الفردية الخاصة، كسباً وانتفاعاً، وهذا هو المناط العام.

ثانيهما: يتعلَّق بأثر التصرف لا بأصله، وهو التحريم والمنع، وهذا هو المناط الخاص، ومعلوم أن التعارض لا يقع بين أصلين قاطعين، بل بين جزئياتهما الواقعة، وكلاهما مقطوع به، فلا بدَّ من الموازنة والترجيح، إذ لا يسَعُ المجتهدَ أن يترك المسألة يَتعاوَرُها حُكمان متدافعان ظاهراً، دون أن ينسِّق بينهما.

وبالموازنة بين مقتضى الأصل الذي يثبت حرية التصرف، وبين الأصل الآخر الذي نشأ عن أثر هذا التصرف، والذي يقضي بالمنع من التسبب في ضرر عام، يترجح حكم هذا الأخير، فيمنع المالك أو الفرد من التصرف في حق الملك على نحو ضارّ بعامة المسلمين، تخصيصاً لهذه الحالة من عموم الأصل الأول، بمعنى أن الفرد حرٌّ في التملك والتصرف في ملكه مبدئياً، أي بمقتضى الأصل العام، إلّا في مثل هذه الحال، لأنه عارضه أصلٌ آخر أقوى من الأول، فكان أولى بالتقدم والتطبيق، إذ به تتحقق إرادة المشرع الحقيقية في مثل هذه المسألة.

ومن هنا، قلنا إن التخصيص مجمعٌ عليه.

ذلك، لأن مفسدة المآل قد غلبتْ مصلحة الأصل.

وهذا ضربٌ من الاجتهاد في «تحقيق المناط الخاص» في التطبيق، في ضوء الظروف الملابسة، رعايةً للمصلحة العامة التي تعتبر من أقوى صور العدل في الإسلام.

١٤ ـ شروط الاحتكار:

أ ـ الأرجح أنه لا يشترط الشراء من السوق ولا يشترط ظرف الغلاء، ليتحقق الاحتكار، فسواء أكان الشراء من سوق المدينة في مثل هذا الظرف، أو في وقت الرخاء، وأدّى احتباس المُشتَرَى إلى ضرر عام، اعتُبر ذلك احتكاراً محرماً، ويُمنع، إذ العبرة بالمآل والنتيجة في حدِّ ذاتها.

والحنابلة قد أخذوا بهذا الشرط في فقههم في موضع الاحتكار هذا، يقول صاحب «المغني»: (فأما إن اشتراه في حال الاتِّساع والرُّخص، على الوجه الذي لا يضيق على أحد، فليس بمحرَّم).

فانظر كيف قيد الاحتكار بالشراء من السوق في وقت الرُّخص والاتِّساع على الوجه الذي لا يضيِّق على الناس[١]، وهذا نظر إلى المآل بلا ريب، إذ المفهوم المخالف أنه إذا ضيق كان محرماً.

ونرى أن العبرة بالضرر العام في حدِّ ذاته، لأنه العلة التي يدور عليها حكم الاحتكار.

والاجتهاد المالكي، هو الذي قرَّر كراهة الاحتكار للمواد الغذائية حتى في وقت الرخاء والرخص، وهو ما ذهب إليه الإمام الغزالي[٢] أيضاً، ويؤيد هذا الاجتهاد، اجتهاد متأخرِّي الحنابلة الذي قدمنا لك طرفاً منه في فقههم في هذا البحث، من مثل ابن تيمية وابن القيم.

ب ـ كذلك لا نرى للتفرقة بين الجالب والمحتكر من أساس فقهي معقول ينهض بها سوى ما ورد في الحديث من أن «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون» وهو معقول المعنى، فيجب حمله على الجالب الذي يؤثر بيع ما جلبه بما يصادفه من السعر، أو بما تيسَّر له من الربح ليجلب غيرَه، وهذا هو المعنى الذي استقر عليه اجتهاد عمر رضي الله عنه

---

(١) ومفهومه المخالف، أنه إذا أدّى إلى التضييق على الناس، يعتبر ذلك الشراء احتكاراً، ولو كان في حال الاتساع والرخص، لوحدة الأثر والعلة، فيُمنع عن ذلك، ويطبق عليه مؤيدات كسر الاحتكار.

(٢) «الإحياء»: (٢/ ٧٤).

حيث جعله ضيفَه، وفي رعايته، وحماية الدولة، لأنه ﷺ مطمئن إلى أن الجالب لا يسيء، فهو إذن الجالب الذي من شأنه أن يوسِّع على الناس، غير مبالٍ بما يصيبه هو من نَصَبٍ وإرهاقٍ. أما إذا قصد الإضرار والتحكم[١] بالاحتباس والامتناع، بحيث يؤدي إلى الإضرار بالناس ـ والضرر مدار حكم الاحتكار ـ فينبغي أن يُعتبر محتكِراً، إذ يجب أن يُفهم النص الشرعي ويطبق في ضوءٍ من حكمة تشريعه، حمايةً لها وتحقيقاً لمراد الشارع منها[٢].

هذا، والجالب إذا قَدِم المدينة بما جلبه، فقد تعلَّق به حق العامة، وحقهم محافظ عليه شرعاً، فلم يَعُدْ ثمة من فرق بينه وبين غيره من المحتكرين إذا احتكر وتغالى وتحكَّم، وفي هذا ردٌّ على من قال: إن له ألا يجلب، فله ألا يبيع.

على أن هذا «المعنى» هو ما نهضت به أحاديث الاحتكار الأخرى التي لم تفرِّق في الحكم بين جالبٍ وغيره إذا احتكر، من مثل قوله ﷺ: **«من احتكر حُكرة... الحديث»**[٣]، لأن «مَنْ» من ألفاظ العموم كما تعلم.

وأيضاً، لو لم يكن معنى الجالب هو ما ذكرنا، لأصبح معنى الحديث الشريف **«الجالب المحتكر مرزوق، والمحتكر ملعون»**[٤] وهو محتوى متهافَتٌ، لا يظهر فيه معنى معقول ينهض بالتفرقة بينهما، حكماً ومقصداً، وينزه عنه قول الرسول ﷺ.

ج ـ ولا وجه للتفرقة أيضاً بين جالب ومستغلٍّ لأرضه، أو مشترٍ من المدينة، إذا احتكر هؤلاء فعلاً، ونَجَم عن ذلك إيقاع الناس في الحرج الذي هو مناط التحريم، أو المعنى المناسب لتشريع حكمه.

على أن من قال بالتفرقة، اشترط في الجالب أو المستغل «ألا يضيق على الناس»

---

(١) «المنتقى شرح الموطأ» للباجي: (٥/ ١٧ وما بعدها).

(٢) «شفاء الغليل» ص١٩٩، ٢٠٣ للإمام الغزالي، وراجع بحث التعليل والتأويل: (١/ ١٣١ وما يليها).

(٣) أخرجه أحمد: ٨٦١٧، من حديث أبي هريرة، وهو حديث حسن لغيره.

(٤) أخرجه ابن ماجه: ٢١٥٣، من حديث عمر بن الخطاب.

ـ كما رأيت ـ وهذا المعنى مآل الفعل وأثره، إذ لا تناقض في أحكام الشريعة، ولا تهافُتَ في معقوليتها[١].

يقول صاحب «كشاف القناع» من الحنابلة في فقه هذه المسألة:

«إن من جَلَب شيئاً، أو استغلَّه من ملكه، أو استغله مما استأجره، أو اشترى زمن الرخص، ولم يضيِّق على الناس أُذِن»، وهذا الشرط هو إكسير أو روح فقه المسألة الذي يقضي على كل تفرقة بين جالب وغيره، لوحدة الأثر أو المآل، وهو مناط الحكم، أو معناه المناسب، لأن مفهومه المخالف: أنه إذا ضيق على الناس بما جلب واستغل اعتبر محتكراً.

د ـ كذلك التقييد بالبلد الصغير لا يقوم على أساس فقهيٍّ، أو منطق شرعيٍّ، إلّا لكون صغر البلد مظنة الضرر، لقلة الاستيراد والجلب، بعكس الثغور والبلاد الكبيرة، حيث يكثرُ استيرادها وجلبها، فلا يتصوَّر عادة وقوع الاحتكار المؤدِّي إلى التضييق على أهلها، وهذه مسألة واقع يتغيَّر حكمه الشرعي باختلاف الزمن والظروف البيئية والزمانية.

وأنت عليم بأن أحاديث الاحتكار لم تُشِر إلى ذلك، وإنما هو محض اجتهاد قائم على واقع كان يعيشه بعض الأئمة، فالمدن الكبيرة لم يكن يعْتَوِرُها العوز والحاجة عادة لكثرة الجَلَب، بخلاف الصغيرة، فالعبرة بأثر الاحتكار لا بصغر البلد وكبرها.

لكن إذا قام ما يدل على نقيض هذا الواقع، أي وقوع أثر الاحتكار، وهو الضرر اللاحق بأهل المدن الكبيرة، فينبغي أن يتَّحد الحكم في جميع المدن: الصغيرة منها والكبيرة على السواء، لاتحاد العلة، وهي الضرر العام، وهذا هو الفقه الدقيق.

---

(١) يقول الإمام الشاطبي: «إن المعنى المناسب إذا كان جلياً سابقاً للفهم عند ذكر النص، صحَّ تحكيم ذلك المعنى ـ العلة أو حكمة التشريع ـ في النص، بالتخصيص له ـ أي بتحديد مجال تطبيقه ـ أو الزيادة عليه ـ عن طريق القياس ـ. . فأنت ترى أئمة الأصول، قد تصرفوا بمقتضى العقل في النقل من غير توقيف. . وبالجملة فإنكار تصرفات العقول بأمثال هذا، إنكار للمعلوم ضرورةً في أصول الفقه». «الموافقات»: (١/ ٨٩).

هـ ـ لا يشترط في الاحتكار ـ ليمنع ـ قصد الإضرار بالناس، فالمحتكر، سواء قصد الإضرار أم لم يقصد، يُمنع إذا أدى احتكاره إلى التضييق فعلاً على الناس، وإيقاعهم في الحرج، لأن الضرر العام لا يشترط في تحريمه ودفعه أن يُنظر إلى قصد المتسبب فيه، بل يدفع ولو كان قصده حسناً، لأن العبرة بالنتيجة في حدِّ ذاتها[1]، لا الباعث عليها، غير أن الفارق أن الباعث السيئ يأثم صاحبه بقصده وفعله، إذ لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار، لقيام الدليل على أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، فيمنع من التسبب فيه.

و ـ يحافظ الإسلام على السير التلقائي لحرية التجارة ما أمكن، ويمنع التجار من تعكير صفوَه الطبعي، تحقيقاً للمصلحتين اللتين قام التشريع الإسلامي كله على أساسهما، وهما المصلحة الخاصة والعامة على السواء، دون افتئات إحداهما على الأخرى[2]، وبعبارة أخرى، يحافظ التشريع الإسلامي على ما يسمى قانون «العرض والطلب» حتى إذا تلاعب التجار بالأسعار، وافتعلوا بذلك أزمة اقتصادية مُنعوا، دفعاً للظلم والتحكم، فضلاً عن الضرر الفادح يلحق هذه الطبقة الفقيرة المحرومة، فمقتضيات «الأخوة» تتنافى ومثل ذلك الموقف الاستغلالي[3] المقيت تجاههم.

وعلى هذا، إذا غلا السعر لا بفعل التجار، ولا بسبب كثرة اختزان الناس للمؤن، لمدة طويلة، فلا يوجب ذلك شرعاً تطبيق أحكام الاحتكار، لأن المفروض أن الغلاء كان طبعياً وتلقائياً لا مفتعلاً، وعلى الدولة حينئذ أن تعمل على حلِّ هذه الأزمات الاقتصادية بالإجراءات العلمية المدروسة العادلة، بناء على سياسة التشريع، وعن طريق استشارة الخبراء، وهذا من أهم وظائف الدولة.

---

(١) «الموافقات» للشاطبي: (١٤٩/٣).

(٢) مقدمة «نظرية التعسف» للمؤلف.

(٣) كل ما نبت من حرام، فهو سحت، لا يجوز أكله، ولا الانتفاع به، فالمال الذي مصدره الغش مثلاً أو الاحتكار، أو الربا، أو الرشوة، أو غبن الغافلين عن الأسعار (المسترسلين)، أو استغلال النفوذ بسلطان الوظيفة أو الجاه، أو مصدره القمار، أو السرقة، أو الغصب، وما إلى ذلك من وسائل الكسب غير المشروع، فهو محرم، ويجب رده إلى بيت المال إن لم يعرف مالكه، أو يتصدق به.

ز ـ غير أن الظروف الاستثنائية الطارئة من مثل المجاعة والكوارث والحروب وأعقابها، يوجب على الدولة أيضاً التدخل لمنع الاحتكار إذا وقع، لأن الغلاء في هذا الظرف غير طبعي أيضاً، فلا يجوز انتهازه للتحكم على الناس.

على أن الاحتكار في مثل هذه الظروف أشد قبحاً، وأعظم إثماً، لشدة وطأة الأزمة، مما ينبئ عن شدة تعلّق حق العامة بحق المالكين.

ح ـ يتدخل ولي الأمر سياسة[١]، وللمصلحة العامة، دفعاً للضرر العام، وتحقيقاً للعدل بين التجار والمستهلكين، لأن المصلحة العامة هي أساس ولايته العامة، فقد جاء في قواعد الفقه المحكمة أن «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة»[٢].

ط ـ هذا، وأشار ابن القيم وابن خلدون إلى الاحتكار المزدوج، أو احتكار «الصنف» ويقع داخل الدولة، كما تمارسه الدول الاستعمارية على الصعيد الدولي، تحكماً واستغلالاً لثروات الشعوب المستضعفة التي تقع تحت سلطانها، وهو ظلم في الأرض، وفساد كبير.

١٥ ـ أما مؤيدات مقاومة الاحتكار فنوعان:

١ ـ الوازع الديني، وهو الأصل. ٢ ـ سلطان الدولة.

فإذا ضعف الوازع الديني، قام مقامه وازع السلطة في الدولة، تأييداً للأول، وسلبت أمانة التكليف في مواقع التصرفات التي ثبت أن المكلف قد فقد هيمنة وازع الدين ـ وهو خشية الله تعالى ـ على نفسه، فيجبر على أدائها اضطراراً بعد أن نكص عنها اختياراً.

هذا، ولم يرد من مؤيدات الاحتكار في التشريع الإسلامي، إلّا الوازع الديني فقط، وهو ما اقترن بفعله من الوعيد الشديد، والوصف بالعصيان والإثم، والبراءة من ذمة الله ورسوله.

---

(١) وسياسة التشريع تقتضي استنباط أحكام وإجراءات اجتهادية لمواجهة الواقع بظروفه الملابسة، بالاستناد إلى قواعد التشريع ومقاصده.

(٢) «الأشباه والنظائر» لابن نجيم. وللسيوطي: القاعدة الخامسة ص١١٨.

أما سائر المؤيدات فاجتهادية ينهض بها «مبدأ سياسة التشريع» وهو أكبر مظهر لتدخل وليّ الأمر، من أجل رعاية الصالح العام الذي هو أساس ولايته العامة على الرعية كما ذكرنا.

ونلخص المؤيدات الاجتهادية فيما يلي:

أ ـ جبر المحتكر على إخراج المادة المحتكرة، وعرضها في السوق.

ب ـ أمره بالبيع بالسعر الذي كان سارياً قبل الاحتكار، إزالةً للظلم الذي تسبب فيه[1].

ج ـ البيع عليه جبراً إذا تمرَّد.

د ـ حرمانه من الربح وأخذه منه، عقوبةً ماليةً على جريمة الاحتكار، ومعاملةً له بنقيض قصده.

هـ ـ مصادرة الحاكم للمال المحتكر، إذا خيف الهلاكُ على أهل البلد، وتفريقه عليهم للضرورة، بثمن المثل قبل احتكاره.

و ـ تنظيم الاستهلاك.

ز ـ الاختزان الاحتياطي للمواد الأساسية من قبل الدولة، وطرحها في الأسواق بسعر معقول، منافسةً للمحتكرين، كما يقول الإمام الأبيّ.

ح ـ استيراد مثل المواد التي وقع عليها الاحتكار، إذا كان سعرها أخفض، وطرحها في السوق ليكثر عرضها، وتُسد حاجة الناس إليها.

ط ـ منع التصدير للمواد التي تمسُّ الحاجة إليها إذا أضر بالناس ذلك.

ي ـ إحراق المادة المحتكرة عقوبة ونكالاً.

ك ـ منع المنافسة غير المشروعة إذا أدّت إلى الاحتكار في المآل.

ل ـ المنع من الهجرة الداخلية.

م ـ توزيع الدولة الأراضي التي تملكها هي على الناس، بسعر معقول، وتوفير مواد البناء لهم بسعر عادل.

---

(١) «حاشية الجمل»: (٣/ ١٨)، و«الاختيار»: (٣/ ١١٥)، و«البدائع»: (٥/ ١٢٩).

ن ـ وجوب استثمار الأموال حلًّا للأزمات الاقتصادية، وتوجيه هذا الاستثمار على ضوء ما تقتضيه ظروف عامة المسلمين، تحقيقاً للوظيفة الاجتماعية التي خُلِقَتْ الأموالُ من أجلها، جبراً وبتكليف من ولي الأمر، لأن المالك مسؤول شرعاً عن أداء تلك الوظيفة، وولي الأمر مسؤول كذلك عن أداء وظيفة الأموال الخاصة والعامة غير المملوكة، إحياءً واستثماراً وتنمية.

وفي هذا المعنى يقول بعض الباحثين المُحْدَثين: «أما كيف يكون تنفيذ ولي الأمر لهذا التكليف ـ ضرورة القيام باستثمار الأموال ـ فهذا أمر تعالجه السياسة الشرعية في كل بلد إسلامي على ضوء ظروف هذا البلد، وطبيعة الموارد المعطلة، وتحديد مدة التعطيل التي تجيز تدخل ولي الأمر، إذ لا بد أن تتفاوت هذه المدة بحسب طبيعة المورد، من أرض قابلة للزراعة، أو منجم، أو مصنع، أو متجر، وعلى ضوء الأسباب التي أدّت إلى هذا التعطيل، هل كانت مجرّد عناد واستكبار من المالك، أو كانت لأسباب قهرية، لا قِبَلَ له وحده بالتغلب عليها؟»[1].

ووجوب استثمار الأموال هو ما أشار إلى أساسه الفقهي الإمام الشاطبي في قوله إنه من «ضروري الحفظ» خشية ألّا يفي، أو أن يفنى[2]، بمعنى أن حفظ المال عن طريق استثماره، واقع في مرتبة مقاصد التشريع الأساسية، وهي «الضروريات» وبذلك نتفادى الأزمات الاقتصادية من قلة المواد الأساسية التي تدفع التجار الجشعين إلى احتكارها، كما نتفادى الإجراءات الاستثنائية التي تقتضيها سياسة التشريع، كالتسعير الجبري.

ص ـ التسعير الجبري.

وآخر الأمر، ينبغي أن يُلاحظ، بل أن يؤخذ بعين الاعتبار، أن تطبيق أحكام الاحتكار ومؤيداته على التجار والناس، في الظروف الاستثنائية، والأزمات

---

(١) بحث قدمه إلى المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية في الأزهر الشريف ص١٢٦ الدكتور محمد عبد الله العربي، الملكية: آخر الجزء الثالث ـ للدكتور العبادي.

(٢) «الموافقات»: (٤/ ٥ وما يليها).

الاقتصادية، يفتقر إلى احتياط وحذر شديدين، إذ ليست العبرة بمعرفة القواعد الأصولية والفقهية النظرية المجردة، في موضوع معين فحسب، بل العبرة بتنزيلها على الوقائع المشخصة ـ كما يقول الإمام الشاطبي ـ وتطبيقها بدقة وخبرة، وتبصُّر بالمآل في ضوء الظروف الملابسة، فمن الذي يقدِّر أن الحالة قد وصلت بالناس إلى درجة المشقة، أو الضرر الحقيقي الواقعي الذي يقتضي تطبيق أحكام الاحتكار ومؤيداته؟؟ كل ذلك موكول إلى العلماء والخبراء المختصين المؤمنين، المتبصرين بعواقب الأمور، وإلّا كان الظلم، ومصادرة حريات الناس في أملاكهم ومقدراتهم دون مسوِّغ شرعي، وهو محرم قطعاً.

فالمدار على تحقيق المناط الخاص لحكم الاحتكار إبان الاجتهاد في تطبيقه على الوقائع والجزئيات.





١ ـ مقدمة:

قدمنا أن من المؤيدات الناجعة التي وضعتها الشريعة في يد ولي الأمر، لمقاومة الاحتكار «التسعير الجبري» بمشورة أهل الخبرة، ضماناً لعدم الإجحاف بحق التجار، وحق المستهلكين على السواء، وسداداً لمقتضيات مرافق الدولة.

وهو بحث اجتهادي يستمدُّ أحكامه من قواعد سياسة التشريع، ومعقول نصوص السنة المتعلقة به.

هذا، ولم نَرَ أحداً من الفقهاء القدامى أو المحدثين، من تولاه بما هو جدير به من البحث الفقهي الأصولي الشامل المتعمق.

وقد بينا، أن سياسة التشريع، وما يبنى عليها من أحكام، تحتكم فيها «مقاصد الشريعة ومبادئها العامة» ـ وهي أصول العدل ـ وعلى ضوئها ينبغي أن يجري تقدير كل دليل يدلي به المجتهد، فيما لم يرد فيه نص، كما تعتبر معياراً فقهياً أصيلاً في وزن كل توجيه استدلالي يعبر به الفقيه عن فهمه لدليله الخاص، ومستنده الجزئي، ولا سيما إذا كان نصاً[١]، لمعرفة مدى مطابقة ذلك التوجيه لما تقضي به تلك المقاصد القطعية،

(١) قد يكون الدليل الجزئي غير نص، كالعلة الجزئية المستنبطة من نص خاص في واقعة معينة، يُبنى على أساسها حكم القياس في واقعة غير منصوصة، إذا تحققت فيها تلك العلة، لأن «العلة» هي مبنى الحكم حيثما وجدت.

لأنّا قرّرنا في أكثر من موضع، أن التشريع الإسلامي كلٌّ متسق لا تتناقض جزئياته وكلياته، أو مع ما تقتضيه مباني العدل فيه[١].

٢ ـ الفرق بين السعر والثمن:

قبل أن نشرع في تحديد معنى التسعير فقهاً، نرى أن نعرض اجتهاد بعض فلاسفة الفقهاء، في التمييز بين السعر والثمن.

أ ـ «**فالسعر** ـ في اجتهاد هؤلاء الأئمة ـ هو ما تقع عليه المبايعة بين الناس، بينما الثمن هو الشيء الذي يستحق في مقابلة المبيع»[٢].

ومعنى هذا، أن السعر، هو ما يكون نتيجةً للمساومة، أو القدر الذي يتحدَّد في السوق أثراً لما يسمى بقانون العرض والطلب.

وأمّا الثمن فهو القدر الذي يساوي قيمة المبيع في الواقع.

ب ـ للسعر معنيان في الفقه الإسلامي:

هذا، ويرى هؤلاء الفقهاء، أن الذي يوصف بالرخص والغلاء هو السعر لا الثمن، غير أنهم يُميِّزون بين نوعين من السعر:

أحدهما: ما يكون أمراً حتمياً طبعياً، دون افتعال أو تحكم من أحد من الناس، وهذا المعنى هو المشار إليه في الحديث الشريف، بقوله ﷺ: «**إن الله هو المسعِّر**»[٣].

الثاني: ما يكون من قِبَلِ السلطان (الدولة).

وفي هذا المعنى يقول القاضي عبد الجبار: «ثم إن الغلاء والرخص ـ السعر ـ ربما يكون من قبل الله تعالى، وربما يكون من قبل السلطان».

---

(١) راجع موجهات العدل ومبانيه في مؤلفنا «أصول التشريع الإسلامي» ص٢٦٨.

(٢) «شرح الأصول الخمسة» لقاضي القضاة عبد الجبار بن أحمد، تحقيق: المرحوم الدكتور عبد الكريم عثمان ص٧٨٨، طبع مكتبة وهبة بالقاهرة ١٩٦٥، و«التسعير في الإسلام» للأستاذ بشرى الشوربجي ص١١ وما يليها.

(٣) أخرجه أبو داود: ٣٤٥١، والترمذي: ١٣١٤، وأحمد: ١٤٠٥٧، من حديث أنس بن مالك، وإسناده صحيح.

ثم يبين ما يؤثر في تحديد كلٍّ منهما بقوله: «أما ما يكون من قبل الله تعالى، فهو أن يقلَّ ذلك الشيء، وتكثر حاجة المحتاجين إليه، أو يكثر ذلك الشيء، وتقل حاجة المحتاجين إليه»[١]، وهذا هو القانون الطبيعي الذي يُسيْطر على تحديد الأسعار، رخصاً وغلاء، ويسمى بالسعر التلقائيّ الحرّ.

أما النوع الثاني، فهو «ما يكون من قبل السلطان (الدولة)، بأن يسوم رعيته أن لا يبيعوا إلّا بقدر معلوم»[٢].

والخلاصة، أن الأول سعرٌ تلقائيٌّ حرٌّ، والثاني تسعير مفروض محدَّد.

هذا، وأشار الإمام التفتازاني إلى سبب نشوء نوعي السعر أيضاً بقوله: «ويكونان ـ الرخص والغلاء ـ بما لا اختيار فيه للعبد، كتقليل ذلك الجنس، وتكثير الرغبات فيه، وبما له فيه اختيار، كإخافة السبل، ومنع التبايع، وادِّخار الأجناس»[٣] ولا يخرج هذا المعنى عن مضمون سابقه.

وأياً ما كان، فإن بحثنا مقصور على ذلك النوع من التسعير الذي يكون من قبل الدولة.

٣ ـ أهمية التسعير الجبري:

الواقع أنه إذا كان تحريم الاحتكار بأدلة تكاد تبلغ القطع، وما شرع الفقهاء له من مؤيدات اجتهاداً، على النحو الذي رأيت، من أهم مبادئ النظام الاقتصادي في الإسلام، فإن التسعير الجبري، بما هو من أنجع مؤيدات مقاومة الاحتكار عملاً، يعتبر مبدأ أساسياً في هذا النظام، لأن سياسة مقاومة الاحتكار ترتبط بسياسة التسعير الجبري ارتباطاً وثيقاً، لوحدة الغاية، فكان لذلك حريّاً بالبحث المقارن.

أضف إلى ذلك، أن المقصد الأساسي في تشريع المعاملات في الإسلام، هو

(١) المرجع السابق.

(٢) يسوم رعيته على ألا يبيعوا إلّا بكذا، يريدهم عليه «المصباح المنير».

(٣) يقصد بادخار الأجناس، حبسها واحتكارها. «شرح المقاصد»: (٢/ ١٦٢) المبحث الخامس ـ طبعة ١٣٠٥هـ بمصر.

تحقيق المصلحة والعدل، والتسعير الجبري، يقوم على أساس مكين منهما معاً، وبرهان ذلك أمران:

أحدهما: أن أهمَّ دليل شرعي يستند إليه التسعير الجبري في اجتهاد الفقهاء القائلين به، هو «المصلحة المرسلة» المتعلِّقة بحق العامة بالإجماع، وبعض المحققين من الأصوليين قد أشار إليها صراحة في تعريف التسعير، كالإمام الشوكاني[١]، والإمام الباجي، بصريح قوله: «ووجهه ـ أي ووجه التسعير الجبري، أو مستنده ـ هو ما يجب من النظر في مصالح العامة» وقوله أيضاً: «وإنما يُمنعون من البيع بغير السعر الذي يحدِّده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه»[٢].

الثاني: أن الفقهاء، إذْ علّلوا مشروعة الإلزام بالتسعير الجبري الذي يحدِّده الإمام، بناءً على المصلحة، قالوا: «إنه إلزام بالعدل، ومنعٌ من الظلم». يقول الإمام ابن تيمية في هذا الصدد: «إذا تضمن ـ التسعير الجبري ـ العدل بين الناس، ـ وهذا هو مناط التسعير الجبري ـ مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ زيادة على عوض المثل، فهو جائز بل واجب»[٣] أي لأن الالتزام بالعدل واجبٌ طوعاً أو كرهاً، وإذا كان الإلزام بالعدل، والمنع من الظلم يدخلان في مفهوم «**المصلحة**» التي هي أساس التسعير الجبري في اجتهاد المحققين من الأصوليين والفقهاء كما رأيت، دلّ ذلك قطعاً، على أنهم يتصوّرون معنى «**العدل**» عملاً، متمثلاً في المصلحة العامة الحقيقية المتوقعة[٤]، أو الواقعة فعلاً، ولم يتخيلوه

---

(١) «نيل الأوطار» للشوكاني: (٥/ ٢٢٠).

(٢) «المنتقى شرح الموطأ»: (٥/ ١٨).

(٣) «الحسبة»: ص١٨، ص١٩. وإنما كان التسعير الجبري، منعاً من الظلم، لأن الاحتكار محرم، لما فيه من ظلم العامة، كما يقول الإمام الكاساني، والتسعير لمنع هذا الظلم. والواقع أن كلًّا من تحريم الاحتكار وإيجاب التسعير ذريعة شرعية لمنع الاستغلال، حال الشدة وظروف الضيق والأزمات، من أجل تحقيق المصلحة العامة، وهي العدل في الشرع واقعاً وعملاً، غير أن هاتين الذريعتين الشرعيتين وإن كانتا مختلفتين حكماً، إذ الأولى محرمة والثانية واجبة، إلّا أنهما متَّحِدَتان هدفاً، وهو تحقيق الصالح العام. وأيضاً الأولى ثابتة في الشرع نصاً، والثانية استدلالاً واستنباطاً.

(٤) راجع كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي»، ص٢٤. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

معنى فلسفياً مجرّداً، لذا تبدو لك أهمية هذا البحث من حيث صلته الوثقى بالمصلحة والعدل كما رأيت، وهما أساس التشريع الإسلامي كله[١].

٤ ـ تعريف التسعير فقهاً:

أ ـ جاء في «كشاف القناع» في الفقه الحنبلي في تعريف التسعير: «وهو ـ أي التسعير ـ أن يُسعِّر الإمام أو نائبه، على الناس سعراً ويجبرهم على التبايع به»[٢] أي بما يُسعِّره.

ب ـ وجاء في «نيل الأوطار» للشوكاني: «التسعير هو أن يأمر السلطان أو نوابه، أو كل من ولي من أمور المسلمين أمراً، أهل السوق، أن لا يبيعوا أمتعتهم إلّا بسعر كذا، فيمنعوا من الزيادة عليه، أو النقصان، لمصلحة»[٣].

ج ـ وجاء في «التيسير في أحكام التسعير»: قال ابن عرفة المالكي: «حدُّ التسعير، تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدراً للمبيع المعلوم، بدرهم معلوم»[٤].

د ـ وجاء في «المغني»[٥] لابن قدامة الحنبلي: «وهو ـ أي التسعير ـ أن يقدر السلطان أو نائبه سعراً للناس، ويُجبرهم على التبايع بما قدَّره».

---

(١) «بداية المجتهد»، (٢/ ١٥٤).

(٢) (٢/ ١٥٠).

(٣) (٥/ ٢٢٠).

أما التسعير لغة، فهو الاتفاق على سعر أو تقديره، والسعر هو الذي يقوم عليه الثمن، وسعَّر النار: ألهبها وهيَّجها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ٱلْجَحِيمُ سُعِّرَتْ﴾ [التكوير: ١٢]، وسمِّي الثمن المقدر سعراً، لأنه على ارتفاع غالباً. «مختار الصحاح» ص٢٩٩ للرازي، «أساس البلاغة» ص٢٩٦ للزمخشري، وفي «المصباح المنير»: «سعَّرت الشيء تسعيراً، إذا جعلت له سعراً ينتهي إليه، غير أن بعض الفقهاء قد فرق بين السعر والثمن، كما رأينا. هذا والمصلحة التي أشار إليها الإمام الشوكاني وغيره، دليلاً على إيجاب التسعير، ومسوغاً لتدخل ولي الأمر شرعاً، لتقييد حقوق التجار، بما يقتضيه العدل في النشاط الاقتصادي، تصلح دليلاً أيضاً لتدخله في حقوق الأفراد بوجه عام، إذ لا فرق، ما دام الغرض متحداً.

(٤) ص٤١، طبع الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، للمجيلدي، تحقيق موسى لقبال. وابن عرفة من أئمة فقهاء المالكية.

(٥) (٤/ ٢٨٠).

٥ ـ مناقشة ما ورد عن بعض الأئمة من تعاريف ونقده أصولياً:

أ ـ يلاحظ على تعريف «كشاف القناع» ما يلي:

أولاً ـ عَرّف التسعيرُ بالتسعيرِ، حيث يقول: «التسعير هو أن يسعر. . إلخ»، حيث أخذ في التعريف المعرَّف، فتوقف فهم التعريف على سابق معرفة بالمعرَّف، في حين أن هذه المعرفة متوقفة على فهم التعريف، وهذا هو «الدَّوْر» الذي يعتبر أكبر عيب في التعريف، فضلاً عن أنه ممنوع، لأنه لا يمكن أن يوصِل إلى الكشف عن حقيقة المعرف وكنهه، فهو دوران في حلقة مفرغة لا تصل منه إلى شيء.

ثانياً ـ أظهر التعريف عنصر الإجبار، وهو أساس في التسعير الجبري الشرعي، من حيث هو مؤيِّد عملي، لمنع التغالي في الأسعار.

ثالثاً ـ أطلق التعريف «المُسَعَّر عليهم» فلم يخصّهم بأهل السوق بقوله: «على الناس»، وبذلك يطابق مفهوم الاحتكار من حيث الشمول، وهو منطق يتَّسق مع كون التسعير مؤيِّداً وقائياً لمنع وقوع آثار الاحتكار، أو علاجياً بعد الوقوع.

رابعاً ـ بيَّن مصدر التسعير، ليسبغ عليه صفة المشروعية، وهو السلطان أو نوابه، ولم يخصّه بحاكم السوق.

ب ـ أما تعريف الإمام الشوكاني فيُرد عليه ما يأتي:

أولاً ـ أنه تفادى ما وقع فيه صاحب «كشاف القناع» من «الدور» فعرَّف التسعير بأنه «أمر السلطان أو نوابه، بألَّا يبيعوا أمتعتهم إلّا بسعر كذا»، ولو قال إلّا بقدر معيَّن من الدراهم، لكان أدق من قوله بسعر كذا، حتى لا يدخل المعرَّف بلفظه في التعريف.

ثانياً ـ أشار إلى «الإجبار» الذي يقتضيه الأمر ضمناً، لأن أمر السلطان أو نوابه واجب التنفيذ بسلطان الدولة، لما له من حق الطاعة على الرعية شرعاً.

ثالثاً ـ قصر متعلَّق التسعير على الأمتعة، في حين أن أوسع شمولاً، إذ يتعلَّق بكل ما يضرُّ بالناس احتباسه أو المغالاة في ثمنه أو أجره، إلّا أن يقال، إنه أوردها

تصويراً لما يغلب وقوعه في التبايع، لا للتقييد، فيتطابق حينئذ مفهوم هذا المؤيد، والتعميم في المادة المحتكرة، إذ التسعير مؤيد لمنع الاحتكار، وهذا التفسير غير بعيد، لأنه يتفق وما ذهب إليه الشوكاني نفسه من التعميم في المادة المحتكرة.

رابعاً ـ ذكر غايةَ التسعير أو الدافع إليه أو مستنده، وهو المصلحة ـ وهي من قواعد سياسة التشريع ـ والتعاريف وإن كانت تُصان عن ذكر غاية المعرَّف، لأن الغاية ليست جزءاً منه، غير أن ذكرها هنا، يوحي بظرف التسعير ومآله، وهو دفع الضرر العام، وهو الدليل الموجب للتسعير.

خامساً ـ ذكرَ أن التسعير لا يجيز البيع بالزيادة ولا بالنقصان، أما الزيادة فظاهرٌ منعُها، للضرر العام، وأما النقصان، فلا نرى وجهاً لعدم جوازه في أوقات الشدة، بل نرى أن جوازه مما يتفق وحكمة تشريع التسعير نفسه، وهي نفع الناس وتخفيف الشدة عنهم، بالوفاء بحاجاتهم بعوض المثل، إلّا إذا تحقق في هذا النقص مناطُ التذّرع إلى مآل ممنوع، وهو الاحتكار، فيصبح حينئذ منافسةً غيرَ مشروعة.

يؤيد هذا، أن ثمة سياسة اقتصادية أخذ بها المالكية ومقتضاها: عدم جواز إنقاص أسعار السوق من قبل فرد أو طائفة، لمضاربة إخوانهم التجار، والإضرار بهم، وهو نوع من المنافسة غير المشروعة ـ في فقههم ـ سواء أكان هذا في الظروف العادية أم في ظروف الشدة والغلاء التي اقتضت التسعير.

سادساً ـ بيَّن التعريف مَنْ لهم صلاحية إصدار قرارات التسعير ـ وهم السلطان أي رئيس الدولة أو نوابه وموظفوه ـ يدل على ذلك قوله: «أو من يلي من أمور المسلمين أمراً»، ولم يخصه بحاكم السوق، لعموم المسعر عليهم، كما أشرنا.

ج ـ أما تعريف ابن عرفة، فقد بيّن مشروعية التسعير من حيث كونه صادراً عن الموظف المختص المسؤول في الدولة، وهو حاكم السوق المعيَّن خصِّيصاً لشؤونها، فخرج بذلك التسعير الصادر عن جماعة أو لجنة غير مسؤولة، إذ لا يكتسب مثل هذا التسعير صفة المشروعية والإلزام شرعاً، كما هو ظاهر التعريف.

وعنصر «المشروعية» من حيث المصدر، عنصرٌ أساسي من مقوّمات مفهومه شرعاً.

أضف إلى ذلك، أن امتثالَ أحكام التسعير الاجتهادية ونفاذَها، لا يجب شرعاً على الرعية إذا صدرت عن شخص غير مسؤول، أو جماعة غير مسؤولة، لقوله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٥٩] أو من ينوب عنهم بتفويض منهم.

فعنصر المشروعية إذن منوط بالصلاحية المسؤولة، كفاءةً وأمانةً وعدالةً لمن تولّيه الشريعة إياها، ومن هنا، لم يضع التشريع الإسلامي أساساً لطاعة غير المسؤول، حتى ولو كان عدلاً، خلافاً لما ذهب إليه بعض الإمامية، من أن التسعير يصبح «من حق عدول المسلمين عند عدم التمكُّن من الوصول إلى الحاكم»[1] اللهم إلّا إذا اختارتهم الأمة نفسها أو أهل البلد، للنيابة عنهم في التصرف في هذا الشأن عند الضرورة، لتعلُّق حقهم به، في الأصل.

هذا، وإذا كان المالكية قد أباحوا أن تتولّى شؤون التسعير لجنةٌ من أهل السوق، ومن الخبراء من خارج السوق، خشيةَ التواطؤ على سعرٍ غير عدل، فقد اشترطوا أن يكون تعيين هذه اللجنة من قبل ولي الأمر نفسه، أو أحد نوابه «الوزراء»، وتحت إشرافه، وبذلك لا تكون الصلاحيةُ تلقائيةً، بل مكتسبة من ولي الأمر الذي يضفي على ما يصدر عنهم من أحكام عامة اجتهادية مصلحية، صفة المشروعية التي تستلزم وجوب التنفيذ.

لا أساس لطاعة غير المسؤول شرعاً، ولو كان عدلاً، فيما يتعلّق بشؤون الأمة:

وعلى هذا فلا أساس لوجوب طاعة غير المسؤول شرعاً فيما يتعلّق بالأمة، إذ لا يجوز التصرف في شؤون الغير، وحقوقهم، دون ولاية منهم، أو ولاية يقرُّها الشارع، منعاً للافتئات والتحكم والفوضى التي لا يستقيم معها أمر المجتمع، إن لم يصبه في مقدّراته وحياته ضررٌ بالغٌ، وبشرط أن يكون تصرفه عليهم محققاً لمصلحتهم واقعاً،

(١) «مفتاح الكرامة»: ص١٩.

وعلى مقتضى النظر الشرعي[1]، وما عهد في الشرائع ترك مصالح الأمة لشخص غير مسؤول، ولا لغير ذي ولاية شرعية، ولو كان عدلاً وكفؤاً، بل ليس لِموظف آخر مسؤول، ولكنه غير منوط به خصوص أمر السوق، أو أمر التسعير، أن يتولىّ شؤون التسعير، وهو ما أشار إليه شارح كتاب ابن عرفة إذ يقول: «وقوله: حاكم السوق، أخرج به غير الحاكم، وغير المسؤول عن السوق، إذ هو مسؤول عن غيرها»[2]، وهذا من باب توزيع الصلاحيات والسلطات حسب الكفاءات في شؤون كل وزارة، كما ترى.

ب ـ يومئ هذا التعريف إلى أن توليَّ حاكم السوق التسعير للمصلحة العامة، إذ لا معنى لتدخله، إلّا من أجل رعايتها، ولأن تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة.

ج ـ أما قوله «لبائع المأكول» فهو صريح في قصر التسعير على «المواد الغذائية» عامة، دون التخصيص بالقوت، فيشمل العسل والزيت ونحوه. ويظهر لي أن ابن عرفة يميل إلى قصر مفهوم الاحتكار على المواد الغذائية وما يعين عليها، لذا جاء تعرفه للتسعير متّسقاً مع ذلك المفهوم، ويؤخذ عليه عدم التطابق بين هذا المفهوم الخاص، ومفهوم الاحتكار العام.

د ـ يومئ التعريف أيضاً، إلى عنصر «الإجبار» لأن صفة الحاكمية تقتضي هذا.

أ ـ أما تعريف الحنابلة القدامى (ابن قدامة) للتسعير، فيتَّسم بكونه أكثر تعميماً من حيث متعلَّقه، فلم يقصره على ما هو موجود في السوق، إذ «التبايع» قد يكون فيما هو خارج عنها، كبيع غلَّة الضيعة، أو إنتاج مصنع ناءٍ، أو السلع المستوردة، يؤيِّد هذا التعميمَ أيضاً، التعميمُ على من يسعَّر عليهم، وهم «الناس» فلم يقصر التسعير على خصوص أهل السوق، كما هو صريح في بعض التعاريف السابقة.

---

(١) ولذا كانت تولية ولي الأمر في الأمة، مقصداً أساسياً من مقاصد التشريع في الإسلام، ثابتاً بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، ولا يتسع المقام لبحث ذلك، لأنه موكول إليه حراسة الدين، وسياسة الدنيا بالدين، راجع «الأحكام السلطانية» للماوردي ص٣ وما بعدها.

(٢) «عن الرصاع» ص٢٥٨ ـ ٢٥٩، و«التيسير في أحكام التسعير» ص٤١، وراجع أيضاً «المنتقى على الموطأ»: (٥/ ١٨ وما يليها).

ب ـ لم يُشِرْ هذا التعريف إلى تسعير الأعمال والمنافع.

ج ـ صرح بعنصر الإجبار، وعنصر المشروعية، وهما مقوِّمان أساسيان في التسعير الجبري كما تعلم.

٦ ـ ما اتفقت عليه هذه التعاريف في بيان حقيقة التسعير شرعاً:

أولاً ـ أظهرت هذه التعاريف مصدر الأمر بالتسعير ـ وهو الإمام أو موظفوه المختصون، ليكتسب صفة المشروعية والإلزام.

ثانياً ـ بيّنت هذه التعاريف «ظرف التسعير» أو الموجب له ودليله، وهو حاجة الناس، بل شِدَّتُها[1] على سبيل التصريح، كما في تعريف الشوكاني، بقوله «لمصلحة» أو ضمناً، كما في تعريف «كشاف القناع»، وتعريف «المغني»، من الحنابلة، وابن عرفة من المالكية.

ثالثاً ـ صرّح كلٌّ من الأول، والثاني، والرابع، بعنصر «الإجبار» وأومأ الثالث إليه، وهو عنصر أساسي في مفهوم التسعير، لأن التسعير الاختياري أو الودِّي إنما يُقصد به مجرَّد التبصير والتوعية بالأسعار العادلة، لا الإلزام بها، وهذا غير ناجع في مقاومة الاحتكار.

رابعاً ـ صرح التعريف الثاني والثالث بقصر متعلَّق التسعير على ما في السوق من أمتعة وسلع، دل على ذلك التنويه بأن أمر السلطان أو حاكم السوق موجه إلى أهل السوق خاصة، بخلاف التعريف الأول والرابع، كما بيّنا.

وعلى هذا، فلم تشمل بعض تلك التعاريف المنافع والأعمال، مما يفتقر إليه الناس والدولة في شتى مناحي الحياة.

خامساً ـ لم تتضمن قيد «استشارة الخبراء» تحقيقاً للعدالة في التسعير، وحفظاً للتوازن بين حق أرباب السلع والمنافع والكفاءات في ثمن أو أجر المثل من ناحية، وحق الناس والدولة من ناحية أخرى.

---

(١) والحاجة الماسَّة في حكم الضرورة الملجئة شرعاً.

٧ ـ تعريفنا للتسعير الجبري شرعاً:

هو: «أن يُصدر موظف عام مختص بالوجه الشرعي، أمراً، بأن تُباع السلع، أو تُبذَل الأعمال أو المنافع التي تفيض عن حاجة أربابها، وهي محتبسة أو مُغالى في ثمنها، أو أجرها، على غير الوجه المعتاد، والناس أو الحيوان أو الدولة في حاجة ماسة إليها، بثمن أو أجر معين عادل[1] بمشورة أهل الخبرة».

٨ ـ العناصر الأساسية في هذا التعريف:

أ ـ بيَّن التعريف شرعية الأمر، وأنه صادر من موظف مختص مسؤول، وبناء على قواعد الشريعة، بقولنا: بالوجه الشرعي.

ب ـ أظهرَ شمول متعلَّقات التسعير لكل ما يحتاج إليه الناس(١) والحيوان والدولة.

ج ـ بيَّن حقيقة التسعير الشرعي الجبري بقيود متعلَّقات التسعير، وهذه وإن كانت محترزاتٍ[2] أو شروطاً للتسعير، لكن قصدنا إلى ذكرها بُغيةَ جلاء معنى التسعير، وتحديد حقيقته الشرعية.

د ـ أبرزَ عنصرَ الجبر باعتباره مؤيداً عملياً لمنع التغالي في الأسعار، بسلطة ولي الأمر، بقولنا «أمراً».

هـ ـ لم يقصر التعريف «المُسَعَّر عليهم» على خصوص أهل السوق، بل أطلق، ليشمل كل من يحتبس أمراً تتعلق به حاجة الأمة أو البلاد، وليتسق مع شمول مفهوم الاحتكار.

---

(١) الناس: المقصود بهم جميع المسلمين، أو أهل قطر أو بلد، أو طائفة منهم.

(٢) من هذه الشروط: شدة الحاجة، والتغالي في السعر، وأن تفيض عن حاجة أربابها، وقد تقتضي الظروف تسويتهم بغيرهم في مقدار الوفاء بهذه الحاجات، أولاً بأول، تحقيقاً للمواساة والتسوية كما بينا، أضف إلى ذلك العدل في تحديد السعر.

٨ ـ أدلة أحكام التسعير واردة في السنة غير المتواترة:

كل ما ورد من أدلة تنهض بأحكام التسعير على وجه الخصوص، إنما جاء في السنة غير المتواترة، ولم يرد شيء من ذلك في القرآن الكريم.

أصول أحكام التسعير كما وردت في السنة غير المتواترة:

أولاً ـ عن أنس ﷺ قال: «غلا السِّعرُ في المدينة على عهد الرسول ﷺ فقال الناس: يا رسول الله، غلا السعر، فسعِّر لنا! فقال رسول الله ﷺ: «**إن الله هو المُسَعِّر، القابضُ الباسطُ الرازقُ، وإني لأرجو أن ألقى الله، وليس أحدٌ يَطلبني بمَظْلَمةٍ ظلمتها إياه، في دمٍ ولا مالٍ**»[١].

ثانياً ـ عن أبي هريرة: أن رجلاً جاء فقال: يا رسول الله سَعِّر. فقال: **بل ادعوا**، ثم جاء رجل، فقال: يا رسول الله «سَعِّرْ»! فقال: «**إن الله يَخفِضُ ويَرفعُ، وإني لأرجو أن ألقى الله، وليس لأحدٍ عندي مَظلَمة**»[٢].

ثالثاً ـ وروى البيهقي، أثراً عن عمر ﷺ جاء فيه: أنه قد أمر بائع زبيب أن يرفع سعرَه، أو يُدخِلَه بيته، فيبيعَه كيف شاء، ثم رجَعَ إليه وقال له: «إن الذي قلت ليس بِعَزْمَةٍ مني ولا قضاء، إنما هو شيء أردتُ به الخير لأهل البلد، فحيث شئتَ فبعْ، وكيف شئتَ فبعْ»[٣].

٩ ـ ما يستنبط من ظاهر هذه الأدلة:

أ ـ أما الحديثان، فكلٌّ منهما يصف التَّسعيرَ بأنه «**مَظْلَمة**» والظلم حرام، فالتسعير حرام.

---

(١) أخرجه أبو داود: ٣٤٥١، والترمذي: ١٣١٤، وأحمد: ١٤٠٥٧، وإسناده صحيح.

(٢) أخرجه أبو داود: ٣٤٥٠، وأحمد: ٨٤٤٨، وإسناده صحيح.

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»: (٦/ ٢٩). وروي أن بائع الزبيب هو حاطب بن أبي بلتعة، أي فعل ذلك استجابة لما يقضي به الصالح العام الذي كان أساس تصرفه الاجتهادي كما هو واضح. والعزمة هي الفرض أو الواجب.

ب ـ هذا، والرسول ﷺ قد امتنع عن التسعير، مع سؤالهم إياه، ووجود الداعية إليه، بل اعتبره «ظلماً» بقوله: «**ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال**»[1]، ويقرن الحديث الشريف بين الظلم في المال، وبين الظلم في جريمة القتل عدواناً بغير حق، كما ترى.

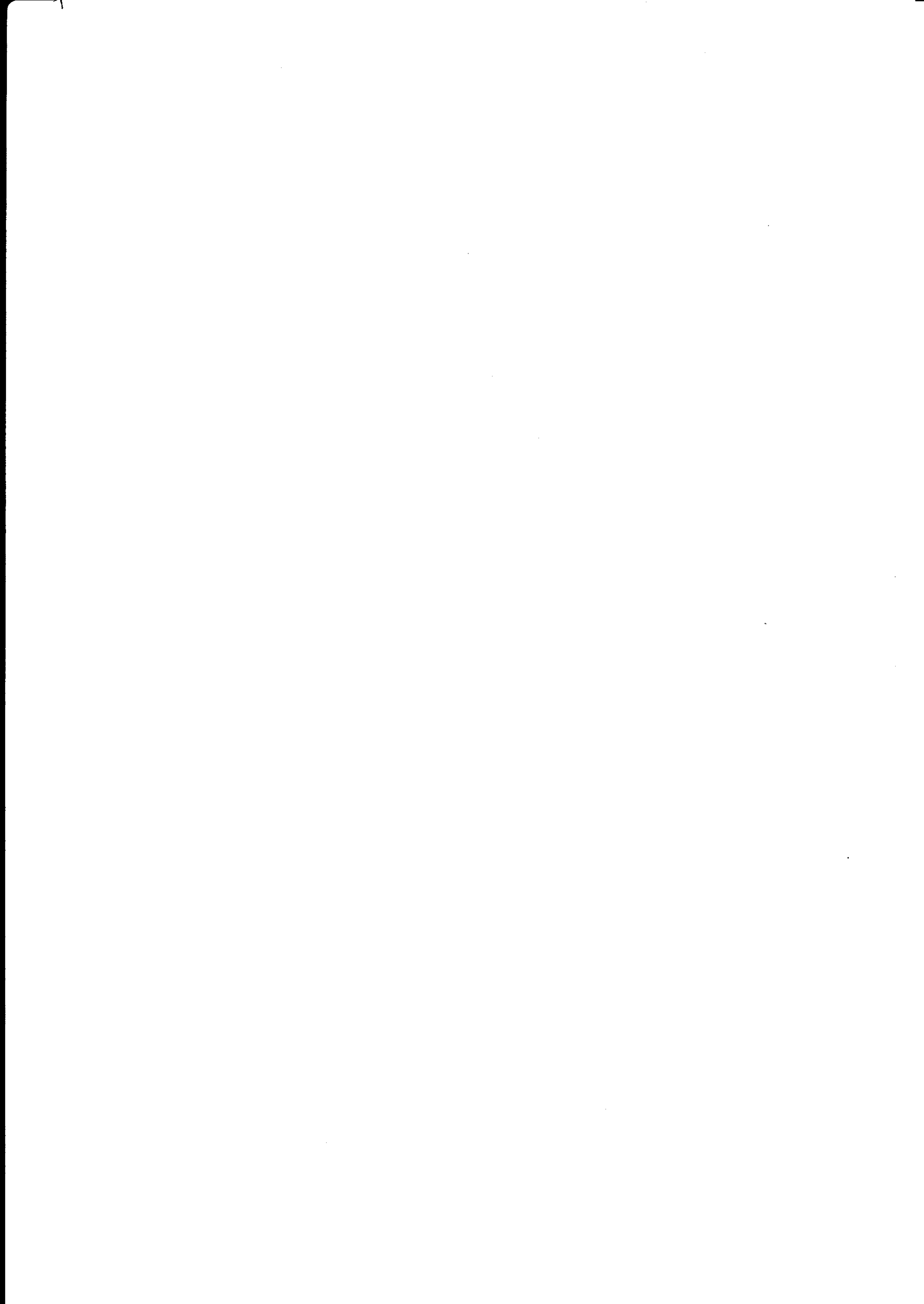
ج ـ أبان أنه تعالى هو الذي يخفض السعر ويرفعه، فليتجهوا إليه سبحانه بالدعاء، ليكشف ما بهم من ضُرٍّ، بقوله ﷺ: «**إن الله هو المُسَعِّر القابض الباسط، الرازق**» وقوله أيضاً: «**بل ادعوا**» «**إن الله يَخفِضُ ويرفَعُ**».

وفي هذا إشارة إلى أن تخفيض الأثمان بالتسعير متعذر.

د ـ وأما أثر عمر رضي الله عنه فيدلُّ بظاهره على وجوب ترك التجار يبيعون على ما يختارون، دون تَعرُّضٍ من وليّ الأمر، لحرية هؤلاء، في نشاطهم الاقتصادي، بدليل نكوله عن ذلك، لأنه كان رأياً ارتآه باجتهاده أوّلَ الأمر، بدافع المصلحة العامة، ولم يكن فرضاً منه ولا إلزاماً، كما جاء صريحاً في نصر الأثر.



(١) أخرجه أحمد: ١١٨٠٩، من حديث أبي سعيد الخدري، وهو حديث صحيح لغيره.



حكم التسعير الجبري في الفقه الإسلامي المقارن

ذهب جمهور الفقهاء، ومنهم فقهاء التابعين، والزيدية، والإمامية والظاهرية وغيرهم، إلى أن الأصل في التسعير هو الحرمة[(١)].

وذهب الحنفية إلى أنه مكروه تحريماً[(٢)].

غير أن الحرمة، والكراهة التحريمية، كلتيهما تقتضي المنع.

واختلفوا بعد ذلك، فيما إذا دعَتْ إليه الحاجة العامة، مؤيداً لمقاومة الاحتكار، أو محاربة تغالي التجار أو المالكين، في الأسعار، على رأيين:

الأول: أنه محرَّم بإطلاق، أي في جميع الظروف والحالات، وإلى هذا ذهب

---

(١) «البدائع»: (٥/ ١٢٩)، و«الزيلعي»: (٦/ ٢٨)، و«الدر المختار»: (٥/ ٣٥٢)، و«الاختيار»: (٣/ ١١٦)، و«نهاية المحتاج»: (٣/ ٤٥٦)، و«الأم مع حاشية المرني»: (٢/ ٢٠٩)، و«المهذب»: (١/ ٢٩٢)، و«المنتقى»: (٥/ ١٨). «الدردير وحاشية الدسوقي»: (٣/ ٦٩)، و«كشاف القناع»: (٣/ ١٥٠)، و«المغني مع الشرح الكبير»: (٤/ ٤٤ وما يليها)، و«الحسبة» لابن تيمية ص١٧ وما يليها، و«الطرق الحكمية» لابن قيم الجوزية: ص٢٨٥ وما يليها، و«البحر الزخار»: (٣/ ٣١٨)، و«سبل السلام»: (٣/ ٢٥)، و«نيل الأوطار»: (٥/ ٢٣٣)، و«المختصر النابع» ص١٤٨، و«مفتاح الكرامة» ص١٠٩.

(٢) قال بالكراهة التحريمية الحنفية، ذهاباً منهم إلى أن حديث التسعير أحادي لا يفيد التحريم، إذ لا يثبت التحريم إلّا بقطعي، في أصول مذهبهم. هذا، وممن منع التسعير بإطلاق، من الصحابة والتابعين وتابع التابعين: عبد الله بن عمر، وسالم بن عبد الله بن عمر، والقاسم بن محمد، والإمام مالك في رواية عنه. وممن قال بالتسعير: الليث بن سعد، وربيعة الرأي، وسعيد بن المسيب وغيرهم.

الظاهرية[١]، والشوكاني[٢]، ومتقدّمو الحنابلة[٣]، والشافعية في قولٍ لهم[٤]، وهو قول للإمام مالك في رواية ابن القاسم[٥]، لا فرق بين حالة السعة أو الغلاء.

الثاني: **أنه جائز مشروع، بل واجب عند بعضهم**، وإلى ذلك ذهب الإمام مالك في رواية أشهب عنه، وبعض أئمة المذهب المالكي، ولاسيما متأخريهم[٦]، والحنفية[٧]، وهو قول في الفقه الشافعي[٨]، ومذهب متأخري الحنابلة[٩]، وبعض الزيدية[١٠]، وبعض الإمامية[١١].

وبما أن أدلة من ذهب إلى تحريم التسعير بإطلاق، هي عين أدلة القائلين بأن الأصل فيه التحريم، لذا، سنتناول هذه الأدلة عرضاً واستدلالاً ومناقشة.

أدلة من ذهب إلى تحريم التسعير بإطلاق[١٢]:

يقول الإمام الشوكاني[١٣]: «إن الناس مُسَلَّطون على أموالهم، والتسعير حَجْرٌ

---

(١) «المحلى»: (٩/ ٦٢٧).

(٢) «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٢٠ وما يليها).

(٣) «كشاف القناع»: (٣/ ١٥٠)، و«الغني مع الشرح الكبير»: (٤/ ٤٤ وما يليها).

(٤) «نهاية المحتاج»: ج٣، و«مغني المحتاج»: (٢/ ٣٨)، و«نهاية الرتبة في طلب الحسبة» للشيزري ص١٢، و«الإقناع»: (١/ ٢٥٠).

(٥) «التيسير في أحكام التسعير» ص٤٨ وص٥٣.

(٦) «المنتقى»: (٥/ ١٧ وما يليها)، و«المواق»: (٤/ ٣٨٠)، و«تحفة الناظر» ص١٣٤ وما يليها.

(٧) «الزيلعي»: (٦/ ٢٨)، و«رد المحتار على الدر المختار»: (٥/ ٣٥٢).

(٨) «الاختيار»: (٣/ ١١٦).

(٩) «الحسبة» ص١٧ وما يليها، و«الطرق الحكمية في السياسة الشرعية» ص٢٧٨ وما يليها.

(١٠) «البحر الزخار»: ج٣، و«نيل الأوطار»: (٥/ ٢٢٠ وما يليها).

(١١) «المختصر النافع» ص١٤٨، و«المبادئ العامة للفقه الجعفري» ص١٧٨.

(١٢) تناول هذه الأدلة وزاد عليها ابن قدامة في كتابه «المغني مع الشرح الكبير»: (٤/ ٤٤ وما يليها)، وهو من مصادر الفقه الحنبلي.

(١٣) الإمام الشوكاني يعتبر من فقهاء الزيدية، غير أنه يربط السنة بالفقه الإسلامي المقارن في كتابه «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٠ وما يليها). وانظر «الأم مع حاشية المزني»: (٢/ ٢٠٩).

عليهم، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن، أوْلى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن، وإذا تقابل الأمران[(١)]، وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم[(٢)]، وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به، منافٍ لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩][(٣)].

وجاء في «نهاية المحتاج»[(٤)] ما نصه: «ويحرم على الإمام أو نائبه، ولو قاضياً، التسعير في قوت أو غيره... إذ الحجْر على شخص في ملك نفسه غير معهود»[(٥)].

وفي الفقه المالكي[(٦)]: روى ابن القاسم عن مالك كأنه قال: «لا خير في

---

(١) تقابل الأمران: تعارضا، أي تعارضت مصلحة البائع مع مصلحة المشتري.

(٢) التمكين للفريقين: إعطاؤهما حرية المساومة والتعاقد، دون تدخل من قبل الدولة، إذ كل فريق أدرى بمصلحته الخاصة، وأحسن تقديراً لها.

(٣) أي مناقض لمبدأ التراضي في العقود والتصرفات التبادلية، وهو أساس حلِّ انتفاع كل من المتعاقدين بمال الآخر شرعاً بالنص.

(٤) للرملي: (٣/ ٤٥٦)، ويطلق عليه: الشافعي الصغير.
جاء في كتاب «الاختيار» في الفقه الحنفي: (٤/ ٢٢٧) ما نصه: «قال محمد: أُجبرُ المحتكرين على بيع ما احتكروا، ولا أُسعِّر، ويقال له: بع كما يبيع الناس، وبزيادة يتغابن في مثلها، ولا أتركه يبيع بأكثر» أي ألزمه بالسعر العام في السوق، لا بموجب سعر محدد من قبل الإمام إذ قرر ذلك من قبل، بقوله: «ولا ينبغي للسلطان أن يُسعِّر»، ثم يتابع، لبيان أن التسعير الجبري لا يترتب عليه حلُّ الانتفاع: «ولو سعر السلطان على الخبازين الخبز، فاشترى رجل منهم بذلك السعر، والخباز يخاف إن نقصه، ضربه السلطان، لا يحل أكله، لأنه في معنى المكره» (بفتح الراء).

(٥) حتى لو بلغت الحالة الدرجة القصوى من الضرورة ـ لا الحاجة فحسب ـ لا يباح التسعير عندهم، وإنما تجوز المصادرة للأرزاق المحتكرة (الطعام) من قبل ولي الأمر، لتفريقها على الناس، دفعاً للضرورة، على أن يردوا مثلها وقت السعة، وينفي الحنفية أن يكون مثل هذا التصرف حجراً على التجار، لأنهم يتبرأون من كل معاني الحجر على المالك، بل هو نوع القرض المضمون فقهاً، ألجأت إليه ضرورة دفع المخمصة والهلاك، وهذا مؤدى قول صاحب كتاب «الاختيار»: «إذا خاف الإمام على أهل مصر الضياع والهلاك، أخذ الطعام من المحتكرين، وفرقه عليهم، فإذا وجدوا ردوا مثله، وليس هذا حجراً، وإنما هو للضرورة، كما في المخمصة». «الاختيار»: (٤/ ٢٢٧). غير أن الحنفية يرون أنه يجوز الحجر على العاقل البالغ للمصلحة العامة، ـ هذا والحنفية يجيزون التسعير في حالة واحدة فقط، هي ما إذا تعدى التجار تعدياً فاحشاً في الثمن، ولكنه تسعير غير ملزم، كما سيأتي.

(٦) «التيسير في أحكام التسعير» ص٤٨ ـ ٥٢، والتعبير بكلمة «لا خير» للدلالة على عدم المشروعية.

التسعير، ومن حَطَّ عن السعر أقيم» أي أُخرج من السوق.

وفي الفقه الحنبلي: «ويحرم التسعير على الناس، بل يبيعون أموالهم على ما يختارون، لحديث أنس...»[١].

ما يستخلص من عناصر الأدلة في هذه الاجتهادات، وتوجيه الاستدلال بها، وتحليلها أصولياً:

١ ـ حق الملكية الفردية ـ في التشريع الإسلامي ـ أصل ثابت قطعاً، وثمرة هذا الحق هي حرية التصرف الممنوحة لصاحبه شرعاً، وهي سلطة لا تملك الدولة المساس بها أو التعرض لها، إلّا بحق في الشرع، وليس التسعير منه، لأنه حَجْر يعود على أصل الحرية بالنقض، إذ لا معنى للملكية إلّا حرية التصرف، وذلك محرّم لظاهر حديث أنس، وهذا معنى كون الناس مسلطين على أموالهم. يقول صاحب «كشف الرموز والأسرار»: «ولا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه»[٢]، أي لحق المالك.

٢ ـ إن البيع والشراء ـ في اجتهاد هؤلاء الأئمة ـ تتعارض فيه مصلحتان فرديتان هما: مصلحةُ البائع، ومصلحةُ المشتري، وكلاهما على قدم المساواة في الاعتبار شرعاً، فليست مصلحة المشتري بإرخاص الثمن، بأوْلى من مصلحة البائع بإغلائه، وأيضاً، ليس بوُسع الدولة أن ترعى مصلحة المشتري بأكثر مما يرعاها هو لنفسه حتى تُسعِّر، لأنه أدرى بها[٣]، فعلى الدولة ألا تتدخل بالتسعير، لأن في ذلك ترجيحاً ومحاباةً لإحدى المصلحتين الفرديتين على حساب الأخرى بدون مُرجِّح، وهو تحكم وإجحاف يجب على ولي الأمر أن يتجنبه، لأنه مأمور برعاية مصلحة المسلمين كافة بالقسطاس والعدل، وذلك إنما يكون ـ في نظرهم ـ بتمكين الفريقين من حرية

---

(١) «كشاف القناع»: (٣/ ١٥٠).

(٢) التعرض: هنا بمعنى التدخل، وباعتبار أن الإمام يمثل الشخصية الحكمية للدولة، فعدم التعرض من قبل ولي الأمر، معناه عدم جواز تدخل الدولة في تقييد حقوق التجار، ونشاطهم الاقتصادي إلّا بحق ينهض به دليل معتبر.

(٣) يقيم اعتباراً لرغبات المشترين التي تؤثر في قانون العرض والطلب.

المساومة، أو حرية التعاقد التي نهض بها أصل الحل العام، وقواعد الملكية، إذ الحجْر على الحرّ العاقل البالغ في مِلْك نفسه غير معهودٌ شرعاً.

٣ ـ إن إجبار البائع على بيع سلعته بسعر معيَّن، يتنافى ومبدأ التراضي في العقود، وهو المبدأ الذي أرساه القرآن الكريم: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] فالتراضي الحرُّ بين المتبايعين، هو الأصل في حِلِّ انتفاع كل منهما بمال الآخر، بالنص، ولقوله ﷺ: «**لا يحلُّ مالُ امرئٍ إلّا عن طيبة من نفسه**»[١]، فإذا ارتفع التراضي، انتفى الحِلُّ. ويقول صاحب «الاختيار» في ذلك[٢]: «وإذا سَعَّر السلطان على الخبازين الخبز، فاشترى رجل منهم بذلك السعر، والخباز يخاف إن نقصه ضربه السلطان، لا يحلُّ أكله، لأنه في معنى المُكْرَه».

وقالوا: فإذا انتفى الرضا بالإجبار، افتقد العقدُ أساسَ انعقاده، وأصبح باطلاً، والباطل لا يترتب عليه أثر، لأنه غير موجود شرعاً، ولا يملك أحد أن يجيزه، فلا يحل بالتالي لأحد من المتعاقدين أن يأكل أو يمتلك مالَ أخيه على أساس هذه المعاوضة الإجبارية بالتسعير الجبري، لذا كان التسعير غير جائز شرعاً، وهو ما جاءت به السنة.

٤ ـ ظاهر الحديث الأول، أن الرسول ﷺ يصِفُ التسعير بأنه مظْلمةٌ، ويورد هذا الوصف «مورد التعليل»[٣] لحكم التسعير، وما كان ظلماً أو سبباً للظلم، فهو محرم لا محالة.

٥ ـ يسوّي هذا الحديث الشريف بين مظْلَمة التسعير، وبين مظلمة الدم، وهو قتل النفس المعصومة بغير حق، وكلتاهما ظلم، وإلّا ما كان لهذا الاقتران من وجه، والظلم محرَّمٌ بالضرورة، فالتسعير محرم، ومنعُ المحرَّم واجبٌ، فالتسعير واجبٌ منعُه.

---

(١) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثربي، وهو صحيح لغيره.

(٢) (٤/ ٢٢٧)، وانظر «الأم مع حاشية المزني»: (٣/ ٢) للشافعي، و«الإقناع»: (١/ ٢٥٠)، و«المحلى»: (٩/ ٦٢٧).

(٣) «المغني مع الشرح الكبير» لابن قدامة المقدسي: (٤/ ٤٤ وما بعدها)، وراجع تفصيل ذلك في بحث «التأويل» في كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» ص١٣١ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨]، و«عون المعبود شرح سنن أبي داود»: (٩/ ٣٢٠)، و«سبل السلام»: (٣/ ٢٥).

ويؤكد هذا أيضاً، أن الرسول ﷺ يرجو الله تعالى، ألا يقع في مثل هذا الظلم[١].

الأدلة الأخرى التي أوردها الإمام ابن قدامة المقدسي الحنبلي بما تنطوي عليه من حجج اقتصادية:

يقول ابن قدامة: «الظاهر أنه ـ التسعير ـ سبب الغلاء، لأن الجالبين إذا بلغهم ذلك، لم يقدموا بسلعهم بدلاً يُكْرَهُون على بيعها فيه بغير ما يريدون، ويطلبها المحتاج فلا يجدها، ويكتمها[٢]، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها إلّا قليلاً، فيرفع في ثمنها ليُحصِّلها[٣]، فتغلو الأسعار، ويحصل الإضرار بالجانبين: جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم، وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه، فيكون حراماً»[٤].

تحليل الحجة الاقتصادية لابن قدامة في تحريم التسعير:

أ ـ إن التجار في السوق ـ وكذلك المنتجون والجالبون ـ يكتمون السلع والبضائع الضرورية، ويخفونها عادةً، فراراً من أسباب التضييق عليهم بالتسعير الجبري، فيطلبها الناس، فلا يجدونها، فيضطر هؤلاء عندئذ إلى رفع أثمانها ليحصلوا عليها، وهذه هي «السوق السوداء» التي تروج عادة عقب التسعير الرسمي، ومن الثابت أن السوق السوداء أكبر عامل يهدم اقتصاد الدولة.

وبذلك يصبح التسعير الرسمي الجبري صورياً، بل ضاراً ضرراً عاماً وبالغاً، لأن الناس يتعاملون ـ في واقع أمرهم ـ لسدِّ حاجتهم من السلع الضرورية، أو التي ليس

---

(١) وفي هذا رد على من ذهب إلى أن الرسول ﷺ قد انتحى بأصحابه في الرد على سؤالهم، منحى التورع والاحتياط، دون الإشعار بالوعيد الشديد، فأي تهديد أعظم تنفيراً للنفس المؤمنة، من مظلمة الدم بغير حق ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ﴾ [النساء: ٩٣] ؟؟!. «مجلة القانون والاقتصاد»، عدد ٣ سنة ٣٦، للأستاذ سلام مدكور، وانظر «التاج الجامع للأصول» للأستاذ منصور علي ناصيف، (٤/ ٢٠٤).

(٢) يخفيها.

(٣) وهذا ما يعبَّر عنه في أيامنا بالسوق السوداء.

(٤) «المغني مع الشرح الكبير»: (٤/ ٤٤ ـ ٤٥).

لها بديل يُستغنى بها عن تلك، على أساس السعر الواقعي الخفي، لا الرسمي المعلن، إذ المشتري العادي ـ في هذه الحال ـ يقبل هذا السعر، مهما كان تحكمياً أو مغالى فيه، بل هو يرفعه مضطراً، ونتيجةً لهذا الوضع الاقتصادي الذي أنشأه التسعير الرسمي الجبري نفسه، يضارّ البائع والمشتري كلاهما على السواء، وفي آن معاً كما أشرنا.

أو قد يُعرض في السوق سلعٌ من نوع رديء بالسعر الرسمي، ويخفي النوع الجيد، فلا يحصل على هذا الأخير إلّا القادرون، وبالتواطؤ على سعر خفيٍّ تحكميٍّ فاحش اضطراراً كما ذكرنا، وهذا واقع مشهود.

أمّا التجار والمنتجون ومن إليهم ـ فبما يساور نفوسهم من خشية الوقوع في قبضة السلطة التي تتربص بهم أن يزدادوا في السعر المحدد ـ لا يملكون الحرية أو الجرأة لعرض سلعهم وبيعها أو تصريفها على ما يختارون، خشية إدانتهم بالغرامة المالية الباهظة على أدنى مخالفة، فتتعثر بذلك حركة التجارة، ويفتر النشاط الاقتصادي، وينقطع المنتجون عن الاستمرار في إنتاجهم وصناعاتهم، توقِّياً من تحمل خسارة فادحة.

وكذلك الجالبون، يُحجمون عن الاستيراد، إذا حُدِّد لهم سعر معين للسلع المستوردة، يكرهون عليه، إذ يرون فيه غبناً لحقهم، ولا يستطيعون استزادة الأثمان بما يجاوز تلك الأسعار، فتزداد الأزمة بذلك تفاقماً[١]، ويضارّ الجالبون، كما يضار العامة على السواء، ولاسيما إذا كانت السلع أو البضائع المستوردة، لا تنهض البلاد بإنتاجها أو صناعتها محلياً، حتى يكون لها بديلٌ يُستغنى بها عن المستورد[٢].

وعلى هذا، فليس التسعير ـ في نظر هذا المذهب ـ وسيلةً غير كفيلة بتحقيق السعر العدل فحسب، بل هو سبب مباشر لضرر عام جسيم يَحلُّ بالبائع والجالب والمنتج والمشتري المستهلك، وباقتصاد الدولة آخر الأمر.

---

(١) «المغني والشرح الكبير»: (٤/ ٤٤ وما يليها)، و«نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار»: (٨/ ٤٩٢)، و«تبيين الحقائق»: (٦/ ٢٧ وما يليها)، و«نيل الأوطار»: (٥/ ٢٢١ وما يليها)، و«مغني المحتاج»: (٢/ ٣٨).

(٢) لاسيما إذا كانت من الآلات الصناعية التي تستخدم في الإنتاج الزراعي أو الصناعي وما يماثلها.

ولا ريب أن وسيلة هذا مآلها، وهذه نتائجها من الأضرار الجسيمة، محرمة مطلقاً، فيمنع التسبب في اتخاذها.

تلك هي الخلاصة التحليلية لعناصر هذه الأدلة بما يكشف عن الفلسفة الفقهية لأئمة المذاهب، وهو يَنُمُّ على بعد نظر من جهة، وعن الصلة الوثقى التي كانت تربط المجتهد بالواقع المعاش في عصره، وبالأعراف السائدة فيه، وعميق خبرته به، وصدوره في اجتهاده على أساسه، لأن التشريع للواقع كما أسلفنا.

أدلة من ذهب إلى جواز التسعير، بل وجوبه عند الحاجة، ووجوه الاستدلال بها:

أولاً ـ اجتهادات الحنفية القائلين بالجواز فقط لا الوجوب، وفي حالة معينة:

أ ـ جاء في «نتائج الأفكار»: «فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدَّوْن عن القيمة تعدياً فاحشاً، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلّا بالتسعير. فحينئذ لا بأس به[(١)]. . . فإذا فعل ذلك، وتعدّى رجل عن ذلك، وباع بأكثر منه، أجازه القاضي، ومن باع منهم بما قدره الإمام صح، لأنه غير مُكرَه على البيع»[(٢)].

ب ـ وجاء في «الاختيار»: «ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس، لما بينا» قال: «إلّا أن يتعدى أرباب الطعام تعدياً فاحشاً في القيمة، فلا بأس بمشورة أهل الخبرة، لأن فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع»[(٣)].

وبنحو هذا، جاء في «الفتاوى الهندية»، وفي «الدر المختار»[(٤)].

---

(١) هذا التعبير الذي يفيد الإباحة، لا يتفق والمقدمات التي أتوا بها، لأن تلك المقدمات تنتج الوجوب لا الجواز، لأن صيانة حق المسلمين من الضياع واجب لا جائز فحسب، ولا يتم هذا إلّا بالتسعير الواجب بداهة

(٢) (٨/ ٤٩٢).

(٣) «الاختيار»: (٤/ ٢٢٧).

(٤) المراجع السابقة لفقه الحنفية.

ثانياً ـ ما يستخلص من مذهب الحنفية في التسعير:

١ ـ إن التسعير وسيلة تشريعية استثنائية لحالة استثنائية، يجوز اللجوء إليها إذا تعيَّنت لدفع الضرر العام، وذلك عند التعدي في أسعار السلع تعدياً فاحشاً (ضعف القيمة) محافظة على حق العامة من الضياع[1]، ولا يجوز في غير هذه الحال، وهذا من باب سياسة التشريع.

٢ ـ ليس التسعير ملزماً للتجار، بل هو للتوعية والتبصير، فلو باع التاجر بأكثرَ ممَّا سَعَّرَ الإمام، جاز بيعه، ومن باع بما قدر الإمام من الثمن، جاز بيعه كذلك[1].

٣ ـ إن حالة الاحتياج العام، قد أنشأت للأمة حقاً يتعلق بما عند التجار والمالكين من سلع ومواد غذائية ضرورية.

٤ ـ هذا التقييد ـ في اجتهاد الحنفية ـ يظهر في وجوب الالتزام بالسعر الحُرِّ العام في السوق، لا بما يحدده تسعير الإمام.

٥ ـ إن استعمال حق الملكية ـ في اجتهاد الحنفية ـ أوسع مدى وحرية مما سنراه في اجتهاد من ذهب إلى وجوب التسعير الجبري الملزم.

ثالثاً ـ عمدة الحنفية في هذا الاجتهاد:

أ ـ اعتمد الحنفية في استدلالهم على أن الأصل في التسعير هو التحريم، الأدلة عينها التي اعتمدها من ذهب إلى تحريم التسعير بإطلاق.

ب ـ استدلوا على جواز التسعير الودِّي غير الملزم في الحالة الاستثنائية بالقواعد والمبادئ العامة التي تنهض بسياسة التشريع، دون أي دليل تفصيلي من الكتاب أو السنة.

فقد استدلوا بقاعدة مقدمة الواجب ـ وهي من قواعد مبدأ سياسة التشريع ـ ويظهر لي أن استدلال غير مُحْكَم، لما يلي:

---

(١) المراجع السابقة، وهذا معنى قول فقهاء الحنفية «أجازه القاضي» بمعنى أن العقد صحيح نافذ، لا بمعنى أن عقد البيع بالثمن الزائد عن التسعيرة موقف على إجازة القاضي.

أولاً ـ جاء اجتهاداً مستقلاً، يواجه أصل هذه المسألة ـ في حَدِّ ذاتها ـ بقطع النظر عن مقتضى معقول الأحاديث الواردة في التسعير أصلاً، أو ما تستهدفه من غايةٍ وحكمةٍ، مما يشعر بأن «مناط» الحكم في هذه الأحاديث ـ في نظرهم ـ غير مُتَحَقِّقٍ في هذه الحالة الاستثنائية، لا نَصّاً ولا روحاً ومعقولاً، وهو قصور في الاجتهاد في تفسير النَّص الشَّرعي، أو في[1] منهجه الأصولي، لأنه إذا كان من مقتضى سياسة التشريع: أن «ما لا يتم الواجب إلّا به فهو واجب»[2]، فالتَّسعير ـ على هذا ـ ينبغي أن يكون واجباً، إذ المفروض أنه وسيلة متعينة لصيانة حق المسلمين من الضياع، ولمنع الظلم عنهم، وهذا واجب شرعاً، فوسيلته التي تفضي إليه، ينبغي أن تكون واجبة بالضرورة، لا جائزة فحسب، والحنفية قد أخلّوا بهذا المنطق التشريعي الذي يوجب الربط والتلازم بين المقدمة ونتيجتها، إذ بعد أن أَقَرُّوْا مبدأ تدخل ولي الأمر بالتسعير، رعاية لحق العامة[3] ـ على حد تعبيرهم ـ عادوا فاعتبروا أمراً جائزاً (لا بأس به)[4] وغير ملزم أيضاً، بدليل أنهم أجازوا للتجار أن يخالفوا عنه، وبذلك وقع التناقض بين حكم الوسيلة ومقتضى الغاية، فانتفى بذلك كل أثر عملي للتسعير، ما دام قد أضحى لمجرد التبصير والتوعية، كما انتقض التلازم بين حكم كل من الوسيلة والغاية.

هذا، ومن البدهي، أن تحكيم مبدأ سياسة التشريع ـ في مثل هذه الحال ـ يقضي بأن «ما لا يتم الواجب إلّا به فهو واجب» كما علمت، ولكن منطقهم قاض بأن: «ما لا يتم الواجب إلّا به فهو جائز»؟؟!

ثانياً ـ أما استدلالهم بمبدأ حرية التعاقد، فذلك لأنهم لم يروا «الإجبار» في التسعير الرسمي، لا من حيث أصل تشريعه، ولا من حيث ما يقضي به، (أي من

(١) من أن النص التشريعي يجب أن يفسر ويحدد مجال تطبيقه، في ضوء حكمة تشريعه.
(٢) وهذه هي «مقدمة الواجب» عند الأصوليين والفقهاء.
(٣) المصادر والمراجع السابقة.
(٤) المصادر والمراجع السابقة.

حيث الإلزام)، وإنما رأوا «الإجبار» في إلزام التجار بالسعر الحر العام في السوق الذي كان سارياً فيها قبل إحداث الغلاء وافتعاله، إذ هو الذي يُقرِّرُ الثمن العدل في اجتهادهم، غير أن هذا أمر صعب المنال عملاً، لأنه يشترط فيه ألا تكون السوق احتكارية من جهة، وأن يكون للوازع الديني هيمنته وُسُؤْدُدُه على النفوس، من ناحية أخرى، وكلاهما غير متحقق في مثل هذه الحال، فهو إذن اجتهاد نظري مجرد يحلِّق في أُفق من التصور الذهني للإطلاقات والعمومات، دون تنزيلها على الواقع الماثل بظروفه، وهذا ما نبَّه إلى خطئه الفادح الإمام الشاطبي[١]، كما أشرنا.

ويبدو لنا، أن الفقه الحنفي في هذا الصدد، أقرب ما يكون إلى مفهوم «الاقتصاد الحر» الذي يعتبر الثمن العدل هو ما يستقر عليه سعر السوق نتيجة لقانون العرض والطلب، خلافاً للفقه المالكي، ومتأخري الحنابلة وغيرهم كما سيأتي.

ثالثاً ـ نعم! حرية التعاقد تقتضي منع تدخل الدولة في التسعير الجبري، لكنها تقتضي أيضاً منع الاحتكار وافتعال الأزمات.

أما أن يؤخذ بمبدأ حرية التعاقد في هاتين الحالتين المُتَغَايِرَتِين، على السَّواء، فذلك نظر اجتهادي غير سديد، لأن لاختلاف الظروف أثراً في مآل تطبيقه، مما قد يوقع في الظلم المنهي عنه شرعاً[٢].

والخلاصة: أن المذهب الحنفي، وإن اتجه إلى جواز التسعير غير الملزم، غير أنه ـ من الناحية العملية ـ يلتقي مع من قال بتحريمه بإطلاق، أو يمكن أن يعتبر مذهباً وسطاً بين القائلين بالمنع والقائلين بالوجوب.

---

(١) راجع بحث «تحقيق المناط» العام والخاص، سبباً هامّاً من أسباب اختلاف الفقهاء.

(٢) ذكرنا أكثر من مرة، أن تطبيق مبدأ واحد على مسائل معينة، يفترض التشابه في ظروفها، ضماناً لوحدة النتائج، إذ العبرة بالمآلات، أما عند طروء العوارض المتغايرة، والظروف الملابسة المختلفة، فيختلف النظر الاجتهادي، على ما قدمنا، إذ لا بد أن تؤخذ هذه الظروف بعين الاعتبار، في كل مسألة على حدة.

رابعاً ـ اجتهادات متأخري الحنابلة:

ذهب متأخرو الحنابلة إلى أن التَّسعير نوعان:

أولهما: ظلم محرم. **الثاني:** عدل جائز بل واجب.

يقول ابن تيمية: «التسعير منه ما هو ظلم، ومنه ما هو عدل جائز بل واجب»[١]. ويبين تلميذه ابن القيم، مناط كلٍّ منهما بقوله: «فإذا تضمن ظلمَ[٢] الناس وإكراههم بغير حقٍّ على البيع بثمن لا يرضونه، أو منعَهم مما أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدلَ بين[٣] الناس، مثلَ إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم، من أخذ الزيادة على عوض المثل، فهو جائز، بل واجب»[٤].

أدلة متأخري الحنابلة على جواز التسعير بل على وجوبه وتحليلها أصولياً:

١ ـ دليلهم على النوع الأول المحرم هو ظاهر حديث أنس: «غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ . . . الحديث»[٥] وهو محمول على الحالة العادية التي يتبايع الناس فيها على الوجه المألوف من غير أن يظلم بعضهم بعضاً، لأن غلاء السِّعر، إما أنه كان بسبب قلةِ المعروض، أو كثرةِ الخلق، أو زيادةِ تكاليف النقل، أو غيرِ ذلك، مما لم يكن للتجار أو غيرِهم فيه يد، فهذا أمره إلى الله تعالى، ومن ثَمَّ كان التسعير عليهم، وإلزامهم في مثل هذه الحال بقيمة بعينها، إكراهاً لهم بغير حق، فحكمة تشريع الحديث ـ على هذا ـ واضحة، وهي دفع الضرر والظلم عن التجار كما ترى، لأن التسعير في مثل هذه الحال مظنةٌ للظلم بالنسبة إليهم، ولا مسوِّغَ له شرعاً، أو على حَدِّ

---

(١) «الحسبة» ص١٤.

(٢) وهذا إشارة إلى مناط التسعير المحرم.

(٣) وهذا لإشارة إلى مناط التسعير الواجب.

(٤) المرجع السابق ص١٤، و«الطرق الحكمية في السياسة الشرعية» ص٢٨٥ وما يليها.

(٥) أخرجه أبو داود: ٣٤٥١، والترمذي: ١٣١٤، وأحمد: ١٤٠٥٧، وإسناده صحيح.

تعبيرهم «ليس ثَمَّة من وجه يقتضيه» ولهذا امتنع الرسول ﷺ عن التسعير[١].

ذلك هو «مناطُ» تشريع حكم الحديث الذي ينبغي على ضوئه أن يُحدد معناه، وأن يُكشف عن الروح التي تهيمن على حكمه.

٢ـ أما عمدتهم في النوع الثاني من التسعير، وهو الواجب، فكما يلي:

أولاً: استدلوًا: «بحكمة تشريع الحديث نفسه» الذي استند إلى ظاهره المانعون.

ووجه الاستدلال، أن مناط الحديث ـ كما نوهنا ـ هو دفع الظلم عن التجار، بدليل قوله ﷺ: **«وإني لأرجو أن ألقى الله، وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم، ولا مال»**[٢] إذ لم يكن لهم يدٌ في غلاء السعر على عهد الرسول ﷺ[٣] حتى إذا وقع الظلم منهم، إما بإغلاء السعر افتعالاً وتحكماً، أو عن طريق الاحتكار، أو غير ذلك من الوسائل، وجب دفعه أيضاً، إعمالاً لحكمة تشريع الحديث التي هي «دفع الظلم» أيّاً كان موقعه: التجار أو العامة، إذ العدل لا يتجزأ في شرع الإسلام.

فإذا كان الظلم ـ في ذاته ـ واجب الدفع شرعاً، عن أيٍّ كان، وكان لا يتم ذلك إلّا بالتسعير، وجب التسعير حِينئذٍ، عملاً بمقدمة الواجب: «ما لا يتم الواجب إلّا به، فهو واجب».

وأيضاً، إذا كانت علة امتناع الرسول ﷺ عن التسعير في تلك الحال، هي دفع الظلم عن التجار، وهم طائفة، فإن دفع الظلم عن عامة المسلمين، إذا كان واقعاً، أو متوقعاً، واجبٌ من باب أولى، إذ الضرر في هذه الحال أعظم بداهة، عملاً بروح الحديث ومعقوله[٤]، لا بمنطوقه، وإلّا كان التناقض في التشريع، بتحريمِ الظلم في

---

(١) راجع بحث «التعليل والتأويل» منهجاً أصولياً علمياً في تفسير النصوص بحث أسباب اختلاف الفقهاء.

(٢) أخرجه أحمد: ١١٨٠٩، من حديث أبي سعيد الخدري، وهو حديث صحيح لغيره.

(٣) وهذا هو النوع الأول من السعر الذي أشار إليه القاضي عبد الجبار، كما ذكرنا، فيكون امتناعه عن التسعير في مثل هذه الحال، لكونه مظنة للظلم. «التاج الجامع للأصول» للشيخ منصور علي ناصيف: (٢/ ٢٠٤).

(٤) أي بدلالة النص، حيث العلة فيها متبادرة من المنطوق، يفهمها كل من يعرف اللغة، ولا تفتقر إلى اجتهاد في تبينها، كما تعلم.

موقع، وإباحتِهِ في موقع آخر هو أولى بالتَّحريم من سَابِقه، لأن الضَّرَرَ فيه أَشَدُّ، وهذا لا يُتَصَوَّر وقوعه في تشريع الله تعالى.

هذا، وليس أشدَّ إيقاعاً في التناقض ـ فهماً وتطبيقاً ـ من التشبث بظواهر النصوص، دون النفاذ إلى معقولها، والحكمة التشريعية التي شرعت أحكامها من أجلها؛ لأنها تمثل العدل، والمصلحة المعتبرة شرعاً في أقوى صورها، أو كما يقول الإمام البزدوي: الحكم المبني عليها، هو شرعُ الله يقيناً»[١].

غير أن التسعير ـ كما ترى ـ قد اختلف حكمه في الحالين، لأنه محرم إذا أوقع بالتجار ظلماً، وواجب، إذ تعين وسيلة لدفع الضَّرَرِ عن العامة، ولا ضير في ذلك، ما دام المقصد التشريعي مُتَّحِداً، وهو دفع الظلم، ودفع الظلم عدل، والتشريع الإسلامي يوجب تحقيق العدل بكل وسيلة، وحيثما وجد العدل، فثمَّ شرع الله ودينه.

إذن لا ضَيْرِ إذا اختلف الوسيلة حُكماً، ما دامت قد اتحدت مقصداً وغايةً، لاختلاف الحال، أو الجهة، بل هذا أصل في التشريع الاجتهادي الفروعي، التطبيقي، لأن وسيلة الواجب واجبة، ووسيلة المحرم محرمة، بالإجماع، فالوسيلة تأخذ حكم غايتها[٢].

مبدأ الإكراه على التعاقد بحق:

وبيان ذلك:

أن الشريعة الإسلامية وفقهَها، قد ورد فيهما من الشواهد والتطبيقات في الفروع ما يجعل من هذا المبدأ أصلاً معنوياً عاماً، قد لاحظه المُشرِّع في أحكام تلك الجزئيات، واعتبره «مناطاً» للعدل في مثلها بما يحتف بها من ظروف واقعية تقتضي ذلك.

---

(١) «كشف الأسرار»: (١/٧)، وراجع «أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي»: ص٣٦٠ وما يليها، للمؤلف.

(٢) «الفروق» للقرافي: (٢/٣٢)، و«إعلام الموقعين» لابن القيم: (٣/ ١٢٠)، وراجع «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص٤٠٧، طبع جامعة دمشق، للمؤلف. «تنقيح الفصول» للقرافي ص٢٠٠. «السياسة الشرعية» للأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج: ص٧٣.

لذا، كان هذا المبدأ من المقومات الأساسية لسياسة التشريع، في مجابهة ظروف الواقع، لما يقضي به من استثناء تلك الفروع التي تحقَّق فيها مناطُها الخاص، من الأقيسة العامة، تحقيقاً للعدل والمصلحة، ودفعاً لضرر الراجح، وإيصالاً للحق إلى مستحقه.

وإليك طرفاً من ذلك، من السنة وفقه الصحابة واجتهادات الأئمة:

١ ـ أخْذُ الشفيع المبيعَ المشفوع فيه، كرهاً عن الْمِلك البائع، بالثمن الذي رضي به المشتري، وما قام عليه من التكاليف، دفعاً للضرر عن الشريك أو الجار، استثناءً من مبدأ التراضي في العقود.

٢ ـ بيع الغراس والبناء في مِلْك الغير، فإن لربّ الأرض أن يأخذه بقيمة المثل جبراً عن صاحبه، دفعاً للضرر عنه.

٣ ـ بيع مال المدين المماطل، جبراً عنه، لقضاء الدَّيْن الواجب عليه، دفعاً لظلم مماطلته «**مطلُ الغني ظلم**»[1].

٤ ـ أخذ المضطر طعام الغير الزائد عن حاجته، جبراً عنه، بقيمة مثله.

٥ ـ إجبار الرسول ﷺ سمرة بن جندب على بيع نخلته، ولما أبى، أمر الرسول ﷺ باستئصال شأفتها[2]، عقوبةً، وذلك دفعاً للضرر عن الأنصاري صاحب البستان، كما سيأتي تفصيل وجه استدلالهم.

كل ذلك إنما كان لمصلحة خاصة ـ كما ترى ـ في مقابل مصلحة مثلها، فإذا كان الأمر من أجل مصلحة عامة، فإن تطبيق مبدأ الإكراه على المعاوضة يكون واجباً من باب أولى، دفعاً لضرر أشدّ، ومن ذلك[3]:

أ ـ نزعُ ملكية الأرض كرْهاً عن صاحبها، ورصدُها حِمىً لخيول الجهاد، ونَعَمِ الصدقة بقيمة مثلها، وقد تم ذلك بفعل عمر رضي الله عنه.

---

(١) أخرجه البخاري: ٢٢٨٧، ومسلم: ٤٠٠٢، وأحمد: ٨٩٣٨، من حديث أبي هريرة.

(٢) أخرجه أبو داود: ٣٦٣٦، من حديث سمرة بن جندب.

(٣) «الطرق الحكمية» ص٢٧٨ وما يليها، و«القواعد» لابن رجب ص١٤٠.

ب ـ أخذ الصحابة بعض ما حول المسجد الحرام من الأراضي كَرْهاً عن أصحابها، بقيمة مثلها، وأدخلوها في المسجد لتوسيعه[١].

قرّر الإمام الغزالي وغيرُه أنه إذا خلا بيت المال، بحيث لم يكن فيه ما يكفي رواتب الجند، وخيف دخول الكفار بلاد الإسلام، أو خيف ثوران الفتنة الداخلية، فإنه «يجوز للإمام أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند، لأنّا نعلم، أنه إذا تعارض شرَّان أو ضرران، قصد الشرع دفع أشدَّ الضررين، وأعظم الشرَّيْن»[٢].

قالوا: وهذا تقييد لحق الملك، ومن ذلك حالة تواطؤ التجار على إغلاء الأسعار أو إخفاء السلع واحتكارها، لإغلاء أثمانها على الناس، فيجب ـ دفعاً للضرر الأشد ألّا تباع إلّا بثمن المِثل[٣].

على أن الإمام سحنون[٤] ـ المالكي ـ قد استنبط «المناط»[٥] في قوله تعالى: ﴿لَآ إِكْرَاهَ فِى ٱلدِّينِ﴾ [البقرة: ٢٥٦] فقال: «إن المناط في منع اعتبار آثار الإكراه، هو أن الإكراه ظلم من المكرِه، حتى إذا كان الإكراه بحق، فإن آثاره تترتب عليه، لأنه أصبح مناطاً للعدل»[٦].

وهكذا ترى، أن الأئمة رضوان الله عليهم لا يتشبثون بظواهر النصوص، بل يفسرون النص، ويحددون مجال تطبيقه، على ضوء من حكمة تشريعه التي هي مقصد الشارع منه، ومناط حكمه وعدله، ويجتهدون وُسْعَهم في تحقيق هذا المناط في واقعة التطبيق المعروضة، وهذا أصل عتيد من أصول مناهج الاجتهاد في تفسير النصوص،

---

(١) المعاملات الشرعية ـ نقلاً عن حاشية أبي السعود للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ـ ص٧٣.

(٢) «المستصفى»: (١/ ٣٠٧)، و«الاعتصام» للشاطبي: (٢/ ١٢١)، و«نظرية المصلحة» الدكتور حسان ص٤٥٧.

(٣) «الحسبة» لابن تيمية ص١٤ وما يليها، وراجع كتابنا: «أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي»، ص٤٠٦ في الهامش.

(٤) من أئمة فقهاء المالكية، وصاحب «المدونة» في الفقه المالكي.

(٥) والمناط هنا هو العلة التي هي مظنة حكمة التشريع وضابطها.

(٦) «نظرية المصلحة» للدكتور حسان ص١٧١.

كما يقول الإمام الغزالي[١]، ولا ريب أن هذا المناط، يكون أشد اقتضاء لحكمه، كلما كان تقرُّره في واقعة التطبيق بصورة أقوى وآكد، كما هو الشأن فيما نحن بصدده، من دفع الضرر العام.

ثالثاً: القياس الأولوي:

استدّلوا بفحوى حكمه القضائي ﷺ في قضية سمرةَ بن جُندب[٢]، على وجوب المعاوضة، أو التبرع بمحل حق الملك، دفعاً للضرر عن الأنصاري، وقالوا في تعليل ذلك:

«وصاحب الشرع ـ أي الرسول ﷺ ـ أوجب عليه، إذا لم يتبرع بها ـ بالنخلة ـ أن يقلعها، لما في ذلك من مصلحة صاحب الأرض، بخلاصة من تأذِّيه بدخول صاحب الشجرة، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة، وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما[٣]، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإنْ أباه من أباه»[٤].

وأنت تعلم، أن القياس الأوْلوي[٥]، يعمل عمل النص نفسه[٦]، لأن علته قطعية

(١) «شفاء الغليل»: ص٦٠ وص٧٠ وص٥٥٦، و«المستصفى» للإمام الغزالي: (٢/٢٩٨). وإليك نص قوله ﷺ: «الشرط الرابع، ألا يتغيَّر النص الذي منه الاستنباط بالتعليل، بل يبقى على ما كان عليه قبل التعليل، أما إذا كان اللفظ عاماً، أو ظاهراً، لم يبعد أن يتغير بالتعليل ظهوره، وعمومه، فيتطرق إليه تخصيص، وتأويل». «شفاء الغليل»: ص٥٥٦.
ومفاد قوله هذا، أن المصلحة أو حكمة التشريع المتبادرة أو المستنبطة من النص، تهيمن عليه، فتخصِّص عمومه إن كان عاماً، وتؤوِّل ظاهره على ضوء منها. وهذا نوع من الاجتهاد في التخصيص والتأويل، يختلف عن التأويل بمصلحة خارجة عن النص.

(٢) أخرجه أبو داود: ٣٦٣٦.

(٣) هذه القاعدة تعتبر أصلاً من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق، راجع كتابنا: «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص٤٥٨.

(٤) «الطرق الحكمية» ص٢٨٩، و«جامع العلوم والحكم»: ص٢٢٣، و«القواعد» ص١٤٠ لابن رجب الحنبلي.

(٥) ويطلق عليه أيضاً اصطلاح «دلالة النص» أو «فحوى النص» عند الأصوليين.

(٦) «كشف الأسرار» للبزدوي: (١/ ٧٤).

هذا، واجتثاث النخلة من أصولها، إنما كان عقوبة، اقتضتها سياسة التشريع، وثبتت بالسنة.

متبادرة من منطقو النص، فيكون الحكم الثابت بالفحوى ثابتاً بالنص الشرعي نفسه. ويوضح ابن القيم وجه الاستدلال بالقياس الأولوي هذا بقوله:

«وبيانه، أن إجبار سمرة على المعاوضة بثمن المثل، إنما كان لدفع الضرر عن فرد، وهو الأنصاري صاحب البستان، رعايةً لمصلحته الخاصة، فلأن تجلب المعاوضة والإجبار عليها بثمن المثل عند حاجة الناس إلى السلع والمنافع، من باب أولى»[1]. أي بالتسعير الجبري.

فوجوب الإجبار على المعاوضة بثمن المثل مشمول بنص حديث سمرة السابق، روحاً ومعقولاً، لا منطوقاً، وهو حجّةٌ قطعاً.

هذا ولا تجد حكماً واحداً في تشريع المعاملات، مسلوبَ الحكمة التشريعية، أو المصلحة التي شُرع من أجلها.

وقالوا ـ استدلالاً بالفحوى أيضاً ـ إن عدم التسعير إذا تعيَّن، أو مخالفته، أشدُّ ضرراً مِن الضرر المنهي عنه في تلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، وهما ثابتان بالسنة[2].

رابعاً ـ الاستدلال بقواعد الشريعة، ومباني العدل فيها، على وجوب التسعير الجبري:

أ ـ حق العامة، «أو المصلحة العامة» أي المصلحة المرسلة التي تتعلق بمصلحة عامة:

يوضح ابن القيم مبنى وجوب التسعير وعلته، وأنه مصلحة الأمة بقوله:

«وجماع الأمر أن مصلحة الناس، إذا لم تتم إلّا بالتسعير، سعر عليهم تسعير عدل لا وكس فيه ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم بدونه، لم يفعل»[3] فهو إذن تشريع استثنائي اقتضته الضرورة.

---

(١) بنوع تصرف «الطرق الحكمية» ص٢٨٩ وما يليها، و«القواعد» لابن رجب ص١٤٠.

(٢) المرجع السابق: لابن القيم. ومُؤدّى ذلك، أن التسعير الجبري ثابت بفحوى السنة.

(٣) أي لا وكس (بخس) على البائع، ولا شطط (مغالاة) على المشتري، رعايةً للحقين عدلاً، كما ترى.

والمصلحة العامة أقوى دليل يتمسك به القائلون بوجوب التسعير.

ما يستخلص من فقه جمهور المالكية ـ مُتقدِّميهم ومُتأخريهم ـ تحليلاً وتأصيلاً:

أولاً: مبدأ التراضي ـ في اجتهادهم ـ شرط مراعى، على الرغم من إيجاب التسعير من قِبَلِ ولي الأمر، وفي هذا المعنى يقول الإمام الباجي: «ويُسعِّر ـ الإمام ـ بما فيه رضاهم، ورضا العامة»[(١)].

والواقع، أن الظفر بتحقيق هذا التراضي قد يبدو ـ بادي الرأي ـ عزيزَ المنال، لتضاد النزعتين، غير أن فقهاء المالكية قد لاحظوا هذا في تعليلهم لفلسفة فقههم في المسألة، فحدَّدوا معنى هذا «التراضي» تقريباً له إلى حيِّز الإمكان والوقوع، وإلى معنى العدل الذي هو أساس التسعير، ففسروا رضا التجار، بتمكينهم من الربح المعقول، دون بخسهم حقهم، أو منعهم من الربح أصلاً كما ذكرنا.

ويوضح الإمام الباجي هذا المعنى بقوله: «فإذا سعَّر عليهم من غير رضا، بما فيه إجحاف لهم ولا ربح فيه، أدى ذلك إلى إفساد الأسعار، وإخفاء الأقوات...»[(٢)].

فليس المقصود إذن، الرضا المطلق، بل المقيد بالربح المعقول (العادل) الذي تنتهي إليه استشارة أهل الخبرة المتمثلة في لجنة التسعير، مما ينفي تفسير رضا التجار بالاستجابة المطلقة، لنزعتهم المفرطة في الربح الذي فيه شطط ومغالاة على الناس، يوضح هذا أيضاً، قول الإمام الباجي بعد ذلك: «أن يُحضرَ ـ الإمام ـ غيرهم[(٣)]، استظهاراً على صدقهم، فيسألهما كيف يشترون، وكيف يبيعون فينازلهم[(٤)] إلى ما فيه

(١) المرجع السابق.

(٢) رواج السوق السوداء.

(٣) أي من الخبراء من خارج السوق، ليتبيّن له صدق خبراء السوق، ودفعاً لشبهة التواطؤ على سعر غير عدل، مجحف بحق الناس.

(٤) يجادلهم في تكاليف السلعة وقدر الربح، ويحاورهم ليصل إلى سعر تتحقق فيه المصلحة المشتركة للفريقين، جاء في «المصباح» نازله: أي وقف كل واحد منهما في مقابلة الآخر، والمقصود الجدال والمناقشة.

لهم وللعامة سداد»[١] أي صواب ومصلحة للفريقين، أو بعبارة أخرى ما فيه حفظ الحقين معاً.

ولو كان المقصود رضاهم المطلق، لما كان ثمة وجه لتأليف لجنة التسعير أصلاً، والمنازلة إلى ما فيه سدادٌ لهم وللعامة.

وبذلك يلتقي هذا الفقه، مع فقه مُتأخِّري الحنابلة الذين اشترطوا الربح المعقول، حيث قالوا: «لا وكس، ولا شطط»[٢].

شرط الربح المعقول الذي فيه سداد للعامة والتجار معاً، دون وكس أو شطط، يُدحِضُ[٣] أصل الحجة الاقتصادية التي اعتمدها ابن قدامة، لمنع التسعير.

وإذْ يضع المالكية هذا الشرط، فإنما يتّجهون فيه إلى إبطال الحجة الاقتصادية التي اعتمدها الإمام ابن قدامة لمنع التسعير، مُؤدّاها، أن التسعير يُفضي إلى إفساد الأسعار، وإخفاء الأقوات (السوق السوداء) ذلك، لأن المالكية قد احتاطوا للأمر بما يحول دون ذلك على ما فهم من تعليل الإمام الباجي في النصوص السابقة.

فالمالكية يرون أن رواج السوق السوداء، ليس منشؤه التسعير العادل المدروس الذي تنتجه الخبرة النزيهة، بل منشؤه الارتجال والتسرع[٤] في التسعير، مما يؤدي إلى الإجحاف بالتجار، أو عدم تقدير ربح مُجْزٍ ومعقول لهم، أو إلى حرمانهم من الربح أصلاً، وهذا محرم قطعاً، وفرق بين هذين النوعين من التسعير.

فلا وجه إذن لما تخوَّف منه الإمام ابن قدامة من رواج السوق السوداء، لأن منشأ ذلك إنما هو التسعير المجحف لا العادل المدروس، كما رأيت.

والأساس الفقهي للتسعير العادل في اجتهاد المالكية، أنه وسيلةٌ للمنع من الزيادة على ما سعره الإمام عدلاً، لأنها ظلمة[٥]، والمنع من الظلم واجب، فالتسعير العَدْل

(١) السداد: الصواب والحق والعدل، ومنه الرأي السديد. «المنتقى»: (٥/ ١٧ وما يليها).

(٢) مصادر فقههم السابقة.

(٣) يبطل.

(٤) أما إذا قصد بالتسعير الإضرار بالتجار فهذا محرم من باب أولى.

(٥) أي غبن غير معتاد، وهذا هو الاستغلال بعينه، ولو كان التعبير عنه بلفظ آخر، لأن العبرة بالمضمون.

واجب، وهذا هو جوهر فقه الإمام الباجي في قوله: «ووجهه ـ التسعير الجبري ـ ما يجب من النظر في مصالح العامة، والمنع من إغلاء السعر عليهم، والإفساد عليهم»(١). وفي قوله أيضاً: «**ولا يسوِّغ لهم ما يضر الناس**»(٢) لأن الضرر ظلمٌ محرَّم، وواجب منعه، ولا ضرر هنا يتصوَّر إلّا الاستغلال.

وهذا صريح في أنه ينبغي على الإمام ألّا يستجيب لهوى التجار أو المالكين في المغالاة، وألا يعتدَّ برضاهم المطلق، منعاً من الاستغلال الذي أطلق عليه الإمام الباجي «ما يضرُّ الناس».

ثانياً ـ إنه يُحقِّق «التوازن» بين مصلحة الفريقين على السواء، «حتى لا يضر بأيٍّ منهما».

وإقامة التوازن من صميم مفهوم «العدل» في المبادلات المالية في التشريع الإسلامي، وهو ما اتّجه إليه فقه متأخري الحنابلة أيضاً، كما قدّمنا.

ثالثاً ـ نظّم كيفية التسعير عملاً، بتشكيل لجنة من الخبراء من أهل السوق ومن خارج السوق، تنزيهاً للخبرة العلمية من شبهة التواطؤ والمحاباة، وضماناً لعدالة التحديد على أكمل وجه، حفظاً للحقين.

وبذلك كانت الخبرة العلمية النزيهة من أهم مقوِّمات «العدل» في التشريع الإسلامي، وتحقيق الصالح العام.

رابعاً ـ قضى الفقه المالكي بتنظيم التسعير على ما يدفع بعض الدول أحياناً من نزعة إلى التسعير «المُرتجَل» غير المدروس، واجتثت أصول التفرد بالرأي فيه أو التسرع في تحديده، أو القصد إلى الافتئات على حق التجار والمالكين، إضراراً بهم.

ومثل هذا يتصوَّر في التسعير الجُزافي المجحف بأي من الفريقين، سواء أكان مفروضاً من قبل الدولة، أم نتيجةً للاحتكار المزدوج، من قبل طائفة ذات امتياز منحته الدولة إياها، وهذا ـ كما يقول ابن خلدون ـ من أكبر العوامل على انهيار الاقتصاد، وفساد الدولة، كما أشرنا(٣).

---

(١) «المنتقى»: (٥/ ١٧ وما يليها).

(٢) المرجع السابق، أي لا يجيز الإمام للتجار أن يضروا الناس.

(٣) أشرنا آنفاً، إلى قول ابن خلدون في «مقدمته»: «ومن أعظم الظلم المفسد للعمران (للحضارة) =

خامساً ـ مناط التسعير هو المصلحة العامة، لقوله: «ولا يسوِّغ ـ الإمام ـ له ـ للتاجر ـ ما يضرُّ الناس»[١]، وقوله: «ووجه ما يجب من النظر في مصالح العامة»[٢].

ولا جرم أن معظم «**فقه المصالح**» متفرِّعٌ عن مبدأ سياسة التشريع، بدليل أنك لا ترى في هذا الاستدلال المالكي تعريجاً على دليل تفصيلي، مما ورد في حكم التسعير من أحاديث على النحو الذي رأينا عند مُتأخرِّي الحنابلة، إذ طبق هؤلاء نصوص أحاديث امتناع الرسول ﷺ عن التسعير بروحها، بل ترى الفقه المالكي يبني استدلاله على أساس ما يقتضيه صَوْنُ المجتمع من ذرائع الفساد المؤدي إلى التهافت اقتصادياً واجتماعياً، وهو «المصلحة المرسلة» المتعلقة بالحق العام.

وبذلك قضى على معاذير من ذهب إلى تحريم التسعير بإطلاق.

ولو أنك تتبّعت الفقه المالكي بوجه عام ـ فيما عدا التعبديات، وما ثبت بدليل قاطع، وما عُلِمَ من الدين بالضرورة، مما ليس للاجتهاد فيه مجال ـ لألفيته فقهاً يتخذ من المصلحة المرسلة «قطب الرحى»[٣] سواء أكانت متعلقة بحق خاص، أم بحق عام.

وقوام هذا المبدأ المصلحة والعدل، وسدُّ الذرائع التي تفضي إلى نقيضيهما، من الفساد والظلم.

= والدولة، التسلط على أموال الناس بشراء ما بين أيديهم بأبخس الأثمان، ثم فرض البضائع عليهم، بأرفع الأثمان». «المقدمة»: (٢/ ٢٨٤).

راجع بحث الاحتكار المزدوج أو احتكار الصنف: (١/ ٤٢٣).

ويقول المجليدي: «يجب على صاحب السوق الموكل بمصلحته، أن يجعل لهم من الربح ما يشبه، ويمنعهم من الزيادة عليه، ويتفقدهم في ذلك ويلزمهم إياه.. ومن عصاه يعاقبه» ص٤٩.

(١) المرجع السابق للباجي.

(٢) المرجع السابق للباجي.

(٣) كتاب «مالك» للشيخ محمد أبي زهرة ص٤١٩، وراجع كتابنا: «أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي» ص٢٢٤، وقاعدة «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة» وإلا ما أوجب إناطة تصرفه بها. المادة (٥) «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص١٥٧.

وإذا تبيَّنت، أن درء المفسدة مصلحة، فإنك لا تكاد تفرق حينئذ بين المصلحة وسدّ الذريعة من هذا الوجه.

هذا، وقد أثر عن الإمام مالك رضي الله عنه قوله: «الاستحسان تسعة أعشار العلم»[1].

سادساً ـ تغير الزمن وكثرة التحايل على قواعد الشرع، يقتضي الإجماع على وجوب التسعير إذا تعيّن إجراءً مصلحياً، كما نوه بذلك متأخرو المالكية[2].

سابعاً ـ لا يشترط الفقيه المالكي ـ كما رأيت ـ أن يتعدَّى التجار في القيمة تعدياً فاحشاً (ضعف القيمة)، بل ما يعتبر ضرراً عاماً في عُرْفِ أهل الخبرة، كافٍ ـ في اجتهاده ـ لإيجاب التسعير العدل، ولا شك أن هذا النظر، أدق فقهاً، وأدفع ضرراً.

ثامناً ـ لا يبسط حكم التسعير على المادة المستوردة.

نقد وتقدير هذا المذهب أصولياً، وفي ضوء فلسفة التشريع:

١ ـ يتّجه على هذا الفقه، أن تحقيق التراضي في التسعير، لا حاجة إليه، ما دام الإلزام بالواجب مبدأً مستقراً في التشريع، وبمشورة أهل الخبرة، وما دام قد تحدّد مفهومه بالربح المعقول.

٢ ـ وضع من الشروط ما يجعل التسعير وسيلة متعينة عملية ناجعة في إقامة العدل، ورعاية الصالح العام، مما ينبئ عن الدقة والواقعية في الاجتهاد.

٣ ـ اشترط تعيُّن التسعير وسيلةً أو تدبيراً استثنائياً لدفع الاحتياج العام.

٤ ـ ينطلق في اجتهاده من قاعدة «المصلحة المرسلة» ويواجه المسألة في حدِّ ذاتها، فلم يُعرِّج على الاستدلال بروح أحاديث الباب.

٥ ـ تصوُّره للمسألة قائم على أساس تعارض مصلحة خاصة ـ هي مصلحة فئة التجار أو المالكين ـ مع الصالح العام، لا على أساس تعارض مصلحتين فرديتين.

٦ ـ احتكم إلى مبدأ رعاية الحقَّين[3]، وإقامة التوازن بينهما.

---

(١) «الاعتصام» للإمام الشاطبي: (١٣٨/٢).

(٢) «التيسير في أحكام التسعير» ص٤٩ وص١٠٧ وما يليها.

(٣) لم يجز الفقه المالكي ـ تأسيساً على هذا ـ أن يمنع البائع ربحاً معقولاً عادلاً من ناحية ـ كما رأيت ـ =

٧ ـ ويتّجه عليه أيضاً، أنه لا يبسط حكم التسعير على المستورَد، وقد بيّنا أن الجالب، إذا تصرف فيما استورده على نحو يجعله في معنى المحتكر، وجب أن ينسحب حكم الاحتكار ومؤيداته عليه، ومنها التسعير الجبري، تأكيداً لمنطق التشريع، ولاسيما أنه ينطلق من قاعدة المصلحة.

وهذه المبادئ كلُّها، مما تقوم به سياسة التشريع.

مناقشة اجتهادات من ذهب إلى تحريم التسعير بإطلاق، ونقدها أصولياً:

أولاً ـ يتّجه على الإمام الشوكاني من النقد، أن منشأ تصوّره للمسألة من أنها تقوم على أساس تعارض مصلحتين فرديتين، وما تفرّع عن هذا الاعتبار من أحكام، هو أساس غير صحيح، وتكييف غير واقعي، وإذا بَطُل الأصل انهار ما بُني عليه من أحكام، خلافاً للجمهور الذي أقامها على أساس تعارض مصلحة خاصة ومصلحة عامة، كما رأيت. فتغير وجه المسألة تكييفاً، والأصل الذي يتفرع عنه حكمها، إذ يحكم ظاهرة التعارض هذه ـ في اجتهاد الجمهور ـ مبدأُ رعاية الحقّيْن، وإقامة التوازن بينهما كما بينا، لأن حق الخاصة وحق العامة، هما مدار التشريع الإسلامي كله، ومبنى العدل فيه.

بينما يقوم تكييف الإمام الشوكاني لمسألة التسعير على أساس تعارض مصلحتين فرديتين ـ كما رأيت ـ ومن ثم كانتا متساويتين في الاعتبار، فلا يجوز محاباة إحداهما على حساب الأخرى بالتسعير، لأنه في مصلحة المشتري دون البائع، فكان حراماً، لأنه ـ على هذا النظر ـ وسيلة هذه المحاباة، والمحاباة ظلم، وما يفضي إلى الظلم ظلم.

فاختلف حكم التسعير ـ كما ترى ـ باختلاف تكييف المسألة في اجتهاد كلٍّ من الفريقين، إذ لكل تكييف قاعدة تحكمه.

= كما أنه لم يجز للإمام من ناحية أخرى، أن يمكّن الناس من ظلم التجار. «المنتقى»: (٥/ ١٤ وما يليها).

ثانياً ـ ويتجه على قولهم: إن إلزام البائع ألا يبيع إلّا بما يحدِّده ولي الأمر من الثمن، إكراه معنوي، لا تصح معه العقود، لمنافاة الإكراه لمبدأ التراضي المقرر في قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩] أقول: يتجه على ذلك أن الإكراه على التعقاد، لا يمنع صحة البيع لحق العامة، أي لمصلحة الأمة في الفقه الإسلامي كما فصّلنا، لأنه «مناط العدل» في مثل هذه الحال، أو لمصلحة خاصة جديرة بالاعتبار، كما أشار إلى ذلك الإمام سحنون من المالكية، ومُتأخِّرو الحنابلة، وغيرهم[(١)].

ثالثاً ـ ويتجه عليهم أيضاً، أن ظروف الاستغلال والتحكم، إبان الأزمات الاقتصادية، ولاسيما المفتعلة من قبل التجار والمالكين، تجعل مبدأ التراضي صورياً أجْوفَ بل سبباً لا يحقق المقصد الشرعي الذي شرع حكمه[(٢)] من أجله، والعبرة بالمقاصد، وبيان ذلك: أن الجري على مقتضى مبدأ التراضي ـ في مثل هذه الظروف ـ يفضي إلى الضرر العام، لأن الواقع أن الحرية أو الرضا، يتمتع بهما البائع وحده[(٣)]، دون المشتري، إذ البائع يستأثر بالسلعة، ويتحكم في الثمن، بخلاف المشتري، فإن

(١) «الطرق الحكمية» لابن القيم: ص٢٧٨. وفي هذا المعنى يقول الأستاذ الزرقاء: «التراضي هو الأساس الدستوري لكل عقد، ولم يقر الشرع الإسلامي عقداً يلزم شخصاً بتكليف لم يرض به رضى بيِّناً، إلّا فيما توجبه:
أ ـ قواعد العدالة. ب ـ مصلحة الجماعة فيما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة، لإحقاق الحق».
ثم سرد أمثلة على ذلك، من بيع أموال المدين المماطل كرهاً، وبيع الأموال المحتكرة، والاستملاك للمصالح العامة، ثم قال حفظه الله: «فهذه العقود الجبرية، هي من المؤيدات الضرورية للتشريع العادل، والغاية من قيام حكومة في دولة، وقد أخذت بها الشرائع الوضعية الحديثة التي أخذت بمبدأ الإرادة العقدية المطلق». «المدخل الفقهي»: (١/ ٤٩٩ ـ ٥٠٠). هذا، وقولنا: مصلحة خاصة جديرة بالاعتبار، كأن تكون إحقاقاً للحق، أو إيصالاً له إلى مستحقه.

(٢) حكم التراضي، هو حل انتفاع كلٍّ من المتعاقدين بمال الآخر، أو امتلاكه.

(٣) أشرنا آنفاً، إلى أن البائع في مركز اقتصادي قوي ممتاز بالنسبة للمشتري، وإذا لم يتساويا من حيث المركز الاقتصادي، كان التحكم من قبل القوي في الضعيف، وهو ما ينكره التشريع الإسلامي أشد الإنكار، فضلاً عن أن يسوِّغه، أو يعين عليه.

الحاجة الماسة تدفعه إلى أن يقبل مرغماً بالسعر الذي يفرضه البائع، مهما كان تَحكُّمياً أو مُغالى فيه كما قدّمنا، ولا ريب أن هذا قبول ظاهري، لا رضا حقيقي، إذ الغبن الفاحش لا يرضى به أحد، وإذا لم يتحقق مناط الرضا الحقيقي، فلا ينتقل الملك، شرعاً، ولا يحلُّ بالتالي انتفاع أحد المتعاقدين بمال الآخر.

فقد وجد السبب ـ وهو التراضي ـ صورةً، لكن تخلف عنه حكمه الشرعي، واقعاً لصورية سببه، والحكم ـ وهو انتقال الملك وحلُّ الانتفاع ـ هو المقصود الشرعي من السبب، لذا بطل السبب شرعاً، لتخلف حكمه واقعاً.

وفي هذا المعنى يقول الأصولي المحقق الإمام الغزالي ﵁: «كلُّ سببٍ منصوبٍ لحكم، إذا أفاد حكمه المقصود منه، يقال إنه صح، وإن تخلف عنه مقوده، يقال إنه بطل»[1].

فقد بطل التراضي الصوري ـ كما ترى ـ لتخلُّف مقصوده وحكمه، فلا يصح احتجاج الإمام الشوكاني به مبدأً في هذه الحال، لمنع التسعير.

رابعاً ـ إن التشبُّث بهذا المبدأ في مثل هذه الحال، والاحتجاج به، يفضي حتماً وبالضرورة إلى إعانة المستغل على الإمعان في الظلم، وهو إثم وعدوان على أموال الناس، وذلك محرّمٌ بالنص، قال تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢]. وقال ﷺ: فيما يرويه عن ربه: «فلا تَظالموا»[2].

وهل يعتقد أحد، فضلاً عن المجتهد، أن التعامل في ظل ظروف الاحتياج العام،

---

(١) «المستصفى»: (١/ ٦١).

هذا، ولا يقال إن الحكم الشرعي، من انتقال الملكية، وحل الانتفاع، منوط بالسبب الذي هو الإيجاب والقبول، لأن الرضا أمر نفسي خفي، لأنا نقول: إن السبب الظاهر أو الإرادة الظاهرة، تبقى معتبرة، إذا لم يقم دليل قوي، أو قرينة على فساد الأصل وهو التراضي، وظروف الاستغلال والاحتكار، والأزمات الاقتصادية، من أدل القرائن على بطلان هذا السبب.

أو بعبارة أخرى، قد قامت الأدلة الناشئة عن الظروف على أن السبب (الإيجاب والقبول) لم يعد صالحاً للتعبير عن التراضي الحرّ.

(٢) أخرجه مسلم: ٦٥٧٢، وأحمد: ٢١٤٢٠، من حديث أبي ذر.

أو فيما يسمى بالسوق السوداء، بأسعارها الباهظة، وغبنها الفاحش، يقوم على أساس الرضا والاختيار الحرّ؟ ما نظن!

وإذا كان إعمال مبدأ التراضي يفضي إلى إعانة التاجر المستغل على إثمه وعدوانه في هذه الحال، وجب قطع التسبب في ذلك، واستثناء هذه المسألة من حكم هذا المبدأ، وتطبيق مبدأ آخر هو أقرب إلى تحقيق العدل، وهو «مبدأ الإكراه على التعاقد بحق» لأنه من مؤيدات التشريع العادل[1]، كما بيّنا.

إذن، على أساس مثل هذه الظروف تنشأ قاعدة الاستحسان (الاستثناء) عند الحنفية والمالكية[2] وهو منهج من مناهج الاجتهاد بالرأي القائم على أساس المصلحة المرسلة، وسد الذرائع في آن معاً، لأنّا أشرنا آنفاً أن سدَّ التذرع إلى المفسدة مصلحة.

خامساً ـ التعسف في استعمال حق التراضي محرّمٌ شرعاً، فلا يصح حجة لمنع التسعير:

من المعلوم أن التعسف هو استعمال الحق في غير ما شُرِعَ له.

وحق التراضي مشترك بين المتعاقدين، وهو كسائر الحقوق في الشرع، مقيّد بعدم القصد إلى الإضرار بالغير، فرداً كان أم جماعة، إذ لم تشرع الحقوق وسيلة للإضرار أصلاً، وإلّا كان التعسف في استعمال الحق، بالنظر لقصد الإضرار، لذا كان التعسف سبباً في سلب المشروعية عن التصرف، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «المجتهد إذا سُئِلَ عن الفعل الذي شُرع لتحقيق مصلحة معينة، يقصد به فاعله، مما يناقض هذه المصلحة، فإنه يُفتي بحرمة هذا الفعل[3]، بناء على المقصد الكلي»[4].

والمقصد الكلي، أي المبدأ العام، وهو أن مصالح العباد معتبرة في الأحكام، ومعللة بها، لأنه غرض غير مشروع يتنافى ومقتضى ذلك المقصد الكلي، وهو هنا

---

(١) المرجع السابق.

(٢) يقول الإمام مالك: «الاستحسان تسعة أعشار العلم». «الاعتصام» للشاطبي: (٢/ ١٣٨).

(٣) راجع: التكييف الفقهي للتعسف، كتابنا: «الحق ومدى سلطان الدولة» ص٢٨١.

(٤) «الموافقات»: (٣/ ٢٩٨ ـ ٣٠٤).

الضرر العام، بل شرع كل حق فردي، على العكس من ذلك، لصيانة الصالح العام من جهة، وهذا هو المقصد الشرعي الموضوعي، وهو حق الله تعالى في كل حق فردي، كما علمت، ولتحصيل مصلحة ذاتية لصاحبه من ناحية أخرى، وهذا هو الغرض الشخصي للحق، بما يحفظ التوازن في مقصديه معاً، موضوعياً وشخصياً.

وتأسيساً على هذا، لا يجوز لأحد المتعاقدين ـ وهو هنا التاجر أو المالك بوجه عام ـ أن يتمسك بحقه هذا، تعسفاً وإعناتاً لمن يتعاقد معه، واستغلالاً لضعفه وحاجته، إذا تفاوتا في المراكز الاقتصادية قوة، إذ ليس هذا الضرب من التعامل مشروعاً في الإسلام، لما ينطوي عليه من قصد الإضرار، لمكان الاستغلال فيه، والاستغلال غَبْنٌ، والغَبْن ظلم، فيجب شرعاً قطع التسبب فيه.

هذا، وقد أكد حرمة التعسف في استعمال حق التراضي الناشئ عن حق التصرف في الملك، عند المغالاة في الأسعار، بعض كبار المحققين من الباحثين المُحْدَثين[١] بقوله: «ومن هذا ـ أي من الإساءة[٢] في استعمال الحق التي تؤدي إلى التشديد قضاءً على صاحبه[٣] ـ تسعير الحاكم على التجار بضائعهم، إذا غالَوا في أثمانها على ما قاله الإمام مالك[٤] رحمه الله. ومن المعلوم أن البيع والشراء، لا يكونان إلّا عن تراضٍ، لكن لما أساء التجار استعمال حقهم الممنوح لهم شرعاً في طلب الثمن[٥]، والناس في حاجة إلى ما بأيديهم، جعل الشارع للحاكم التسعير، بما لا يضر البائع والمشتري، لما له من ولاية إزالة الضرر العام»[٦].

والخلاصة، أنه لا يجوز التعسف في استعمال حق التراضي، بقصد الاستغلال والإضرار، لأنه ضرب من التحيُّل على إبطال مصلحة عامة معتبرة شرعاً، لأن الاستغلال

(١) الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ـ رحمه الله ـ أستاذ الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة سابقاً.

(٢) بعض الفقهاء يستعمل كلمة الإساءة بدل التعسف.

(٣) على حد تعبيره.

(٤) ليس هذا القول مقصوراً على الإمام مالك، كما رأيت.

(٥) لأن تحديد الثمن، وطلبه ـ في الأصل ـ حق للبائع، ولا يجوز أن يحدَّد له ثمن بغير رضاه.

(٦) «مجلة كلية الحقوق»: عدد ٣ السنة ٢ وما يليها، القاهرة.

لا يعدو كونه استثماراً للحاجة عند التعاقد بالغبن الفاحش، أو تربصاً لها كالربا، وهذا محرَّم شرعاً، وإلّا فلم حُرِّم الاحتكار؟ وبيع المضطر وشراؤه؟ وغبن المسترسل[١]؟؟

هذا، والحاجة الماسة في حكم الاضطرار بالإجماع.

وفي هذا المعنى يقول ابن حزم: «فصح أن البيع بذلك ـ أي بالغبن ـ أكْلُ مال الناس بالباطل»[٢].

فإذا تحدَّد مضمون «حق التراضي على النحو الذي قرّره القرآن الكريم، فإن التعسف في استعمال هذا الحق، يترتب عليه حكمان يتعلّقان بالتسعير الجبري شرعاً:

أولهما: أن عدم التسعير، في ظروف الغلاء والاستغلال، سبيل إلى أكل أموال الناس بالباطل ـ كما رأيت ـ وهو محرّم شرعاً، فثبت نقيضه، وهو وجوب التسعير، إذا تعيّن طريقاً للعدل، وحفظ أموال الناس، والوفاء بحاجاتهم، سدّاً للذريعة إلى المحرم، لأن ما يفضي إلى الواجب واجب بالضرورة.

الثاني: أن مخالفة التسعير العدل الواجب، بعد فرضه بالوجه الشرعي، يعتبر محرماً شرعاً أيضاً، لأنه ـ كما يقول الشيخ شلتوت بحق ـ يعتبر سبيلاً لأكل أموال الناس بالباطل[٣].

فتلخص، أن «مبدأ التراضي» حجة للقائلين بوجوب التسعير لا للقائلين بمنعه، بل هو حجة عليهم.

من هذا التحليل الأصولي، وما أدركه المحققون من الفقهاء، يبدو لنا أن وجوب التسعير، يَرِدُ قيداً على مبدأ التراضي نفسه، ليدرأ التعسف فيما يقوم عليه من تصرف، وذلك في حال استعماله بقصد الإضرار بالناس، وتربص الغلاء بهم، دون ما شرع له أصلاً من تحقيق مقصديه، الموضوعي والشخصي، أو تحقيق العدل والتوازن بينهما.

---

(١) هو الذي لا يحسن المساومة. «الطرق الحكمية» ص٢٨٣.

(٢) «المحلى»: (٩/ ٤٥٣).

(٣) «توجيهات الإسلام»: ص١٨٠. هذا، ويلاحظ أن الفقهاء المسلمين، يعبرون عن الاستغلال أحياناً بالغبن أو بالضرر، أو بأكل أموال الناس بالباطل، بينما هو سبب من أسبابه.

هذا، وإنما كان التعسف محرماً، وسبباً في سلب المشروعية عن التصرف، أو تقييده بما لا يضر، لأنه مناقضة للمشرع في مقصده الكلي، والمناقضة باطلة، فما يؤدي إليها باطل بالإجماع، ولذا وجب قطع التسبب فيه.

وعلى أن المحققِّين من الأصوليين قد رأوا أن التعسف يتحقق أيضاً في واقعة الضرر نفسها، بقطع النظر عن توفُّر قصد الإضرار[١] لدى صاحب الحق، بحيث إذا لزم عن التصرف في الحق الفردي ضرر عام، ولو كان القصد حسناً، مُنعَ صاحبه منه، لأن مصلحته الشخصية قد أصبحت منوطة بالضرر العام، وهذا يخالف سَنَنَ المشروعات من إناطة الحكم بالمصلحة الراجحة، فهذا في نظر الشريعة تعسف ولو كان غير مقصود، إذ العبرة بالنتيجة الضررية من حيث ذاتها، يؤكد هذا المعنى الإمام الشاطبي في كتابه «الموافقات في أصول الشريعة» بقوله: «ولا مصلحة تُتَوقَّع مطلقاً، مع إمكان وقوع مفسدة توازيها، أو تزيد عنها»[٢].

فالعبرة إذن بالنتيجة الضررية أو المتوقعة في حدِّ ذاتها، وهي هنا الضرر العام، فيمنع التاجر أو المالك من التسبب فيه، ولو كان قصده حسناً، فلا يوجه إذن لمن اعتمد حق التراضي حجة في مثل هذا الظرف، لأن الشارع الحكيم يربط الحكم إيجاباً وسلباً بالمصلحة الراجحة[٣]، كما أسلفنا.

سادساً ـ وأمّا قولهم، إنه لم يعهد شرعاً الحجْر على البالغ العاقل في ملك نفسه، فهو منقوض بالاحتكار، فقد حجَر الشارع على المحتكر في ملك نفسه، بل اعتبره جريمة عظمى ومن الكبائر كما علمت، وكذلك حَجَر عليه في بيع المسترسل الذي اعتبره رباً[٤]، منعاً

(١) توفر قصد الإضرار لدى صاحب الحق، يعتبر معياراً شخصياً أو ذاتياً للتعسف. وأما حصول واقعة الضرر الراجح، في حد ذاتها، فيعتبر معياراً موضوعياً له.

(٢) «الموافقات»: (٢/١٩٦)، وراجع مؤلفنا: «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» في تعريف التعسف، وتكييفه، وتأصيله عند الأصوليين والفقهاء، ص٢٨١.

(٣) ودفع الضرر العام مصلحة راجحة بلا ريب، فإذا تعين التسعير وسيلة لدفعه، كان واجباً.

(٤) جاء في الحديث الشريف: «**غبن المسترسل رباً**» [أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»: (٨/١٢٦)، من حديث علي، وجابر، وأنس]. و«**بيع المضطر وشراؤه حرام**» [أخرج أبو داود: ٣٣٨٢، وأحمد: ٩٣٧، من حديث علي بن أبي طالب، قال: نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر].

لاستغلال ضعفه أو جهله بالأسعار أو بالمساومة[١]، كما حجر عليه في تلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي ـ كما تعلم ـ مما هو سبيل إلى التملك، دفعاً للغبن أو للضرر العام، وهو ما يطلق عليه الإمام الشاطبي «جهة التعاون»[٢] فمن أين أتوا بهذه المقولة «إنه لم يعهد شرعاً الحجر على البالغ العاقل في ملك نفسه»؟ بل هي منقوضة بما رأيت.

إذن حَجَر الشارع في الملك بل وفي الامتلاك على السواء، غاية لجهة التعاون، ولم يعتبر رضاه ولا حريته لا فيما يملك ولا فيما عسى أن يملك، مع أنه في الأصل مُسلَّط على ماله شرعاً، فلم لا يجوز منعه أيضاً من إغلاء الأسعار، والإفراط في الربح والإضرار بالناس في ظروف الاحتياج العام، بالتسعير عليه عدلاً، لوحدة العلة أو المقصد الشرعي، وهو دفع الضرر العام، أو رعاية جهة التعاون؟

ونحن نعلم أن رعاية المصلحة العامة[٣] ركن العدل المكين، بل هي حق الله

---

(١) جاء في «تفسير المسترسل» أنه الجاهل بالأسعار، أو الذي لا يحسن المساومة.

(٢) «الموافقات»: (٣/ ٢٥٩ وما يليها). وهذا الأصل مشتق من قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ﴾ [المائدة: ٢]، وهذا المبدأ ليس نظرياً فقط، بل هو عملي مطبق في الفروع تشريعاً ملزماً. المرجع السابق.

(٣) في التشريع الإسلامي أصول ثابتة، لا تتغير بتغير الزمن، لأنها مباني العدل وموجهاته، من مثل: مبدأ رعاية الحقين، ومبدأ المصلحة العامة، ومبدأ سد الذرائع، لأنه توثيق للأصل العام الذي قام عليه التشريع كله، من جلب المصالح ودرء المضار والمفاسد، ومبدأ تغير الأحكام بتغير الأزمان، ومبدأ الإكراه على التعاقد بحق، ومبدأ دفع أشد الضررين بأيسرهما، ومبدأ سعر المثل، إلى غير ذلك من المبادئ الثابتة.

ومن شواهد السنة على تأثر الظروف المتغيرة في تكييف الوسائل، ووصفها الشرعي بالمشروعية وعدمها، والمصلحة التي تستهدفها ثابتة: مسألة إجارة الأرض، فقد نهى الرسول ﷺ عنها إذ قَدِم المدينة مهاجراً هو وأصحابه المهاجرون بقوله: «**من كان له أرض، فليزرعها، أو لمنحها أخاه**» [أخرجه البخاري: ٢٣٤٠، ومسلم: ٣٩١٨، وأحمد: ١٤٨١٣، من حديث جابر بن عبد الله]، ذلك لأن الثروة كلها كانت متمثلة في الأرض، وهي بيد الأنصار وحدهم، وكان أحدهم يملك من الأراضي الشاسعة ما يعجز عن زراعته واستثماره، فيؤجر ما زاد عن حاجته إلى غيره، فرأى النبي ﷺ أن المصلحة العامة في ظروف الهجرة ـ وهي حق الله تعالى ـ تقتضي النهي عن إجارة الأرض، وأشار على من عنده فضل من =

تعالى الذي لا يعلو عليه حق، وبذلك يتأكد منطق التشريع في تحريم الاستغلال في الشرع الإسلامي.

سابعاً: ثم ما أثر تحريم الاحتكار شرعاً، إذا لم ينفذ، لضعف وازع الدين؟ لا بدّ من مؤيد عملي واقعي عادل وناجع، وهو التسعير الجبري إذا تعين، وينبغي أن تُسلب أمانة التكليف من المحتكرين في مواقع تصرفاتهم في المال المحتكر، لإساءَتهم استعمالَهم حق الملك كما بينا[(١)].

ثامناً ـ ويتجه عليهم، فيما تفرّع عن تصورهم، من وجوب تمكين كلٍّ من البائع والمشتري من الاجتهاد لنفسه، ومن حرية المساومة، وبالتالي منع التسعير، أن هذا[(٢)] صحيح، بل هو الأصل، ولكن في غير هذه الحال[(٣)].

ولكل حال[(٤)] أدلة تنشأ عنها، وتنهض بأحكامها المناسبة لها، كما قدمنا.

ذلك أن المتبايعين، وإن كانا متساويين من حيث المراكز الشرعية، أي الأهلية الكاملة، فذلك غير كافٍ في تحقيق التوازن والعدل فيما بينهما من حيث الحقوق والالتزامات في مضمون العقد اقتصادياً، في مثل هذا الظرف، أو بعبارة أخرى، المهم في الأمر أن يكونا متساويين من حيث القوة الاقتصادية أيضاً كما بيّنا، وهذا مُنتفٍ بداهةً، ذلك لأن البائع في مركز اقتصادي ممتاز، فهو مستأثر بالسلعة أو المنفعة

= الأراضي، أن يمنحها أخاه دون أجر، ليزرعها ويستثمرها، توسعة على الفقراء المهاجرين، ولإيجاد عمل لهم يرتزقون منه، والثروة كلها كانت محصورة في الأراضي، كما ذكرنا.
حتى إذا تغيرت الظروف، واستقرت الأمور، وأصبح المهاجرون الفقراء يجدون لهم مصدراً للرزق، أباح الرسول ﷺ لأصحاب الأراضي أن يتصرفوا في الزائد عن حاجتهم منها، إجارة لغيرهم، كما كان الحال من قبل. «الملكية» للشيخ علي الخفيف ص١٢٨.

(١) راجع «مؤيدات مقاومة الاحتكار» ص١١١.

(٢) الإشارة راجعة إلى التمكين وحرية المساومة.

(٣) حال التغالي والاستغلال، أي في الأحوال العادية، حيث الأصل حرية التعاقد والمساومة، على أساس التراضي، أو الحرية الاقتصادية.

(٤) راجع بحث تحقيق المناط الخاص من هذا الكتاب.

أو العمل، والمشتري أو المستأجر في مركز اقتصادي ضعيف، بحكم الحاجة، فهو مرغم لا متمكن، وهذا واقع ومشهود، كما في إجارة المساكن أو بيعها، أو بيع الأراضي وغيرها، فالقواعد النظرية ينبغي أن تلاحظ هذا الواقع، ليُرى مدى تحقق مناطها فيه.

وعلى هذا، فالعمل بمقتضى «مبدأ التمكين أو الحرية الاقتصادية» في هذا الظرف ـ وهو المبدأ النظري الأصلي ـ على الرغم من عدم تحقق مناطه العام، لأن المتمكن هنا في الواقع، هو البائع وحدَه، لقوته الاقتصادية، دن المشتري ـ يؤدي إلى إعانة البائع على الإمعان في التغالي والاستغلال والظلم، وذلك محرم بالنص: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

أما بالنسبة إلى المشتري، أو المستأجر، فتمكينه من الاجتهاد لنفسه ـ كما يقول الإمام الشوكاني في وجوب تطبيق «مبدأ التمكين» نظري محض لا واقعي.

وينتج عن ذلك مآلاً، أن مثل هذا التصرف لا اختيار فيه، وكل تصرُّف لا اختيار فيه، فهو غير صحيح، فكيف يقال ـ والحالة هذه ـ أنه ينبغي أن يترك الناس يبيعون ويشترون على ما يختارون!

تاسعاً ـ لا يحلُّ للبائع، الزائد عن ثمن المثل، في مثل هذه الحال، لأنه ربا محرَّم، وكسب خبيث، بدليل الوعيد الشديد على الاحتكار، ولقوله ﷺ: «**بيع المضطر، وشراؤه رباً**»[1] لمكان الإغلاء والاستغلال فيهما، والحاجة في حكم الاضطرار، كما علمت.

عاشراً ـ حكم وجوب التسعير من تطبيقات مبدأ سد الذرائع، وهو أصل معنوي عام، مجمع عليه، قد لاحظه المشرع، في جزئيات لا تحصى[2]، كما أسلفنا.

---

(١) أخرج أبو داود: ٣٣٨٢، من حديث علي بن أبي طالب، قال: نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر. وانظر «إعلام الموقعين»: (١٤٣/٣)، ط ١٣٢٥هـ، و«الدر المختار وحاشية ابن عابدين»: (١٤٦/٤)، ط١٣٢٤ هـ.

(٢) «إعلام الموقعين»: (١٢٠/٣).

ونظير ذلك ـ فيما نرى ـ تشريح جثث الموتى الذي تعيَّن طريقاً لفائدة طبِّ الأحياء، فالأصل في التشريح التحريم، محافظة على أصل الخلقة من التشويه والتمثيل، إذ المُثْلَةُ حرام، لكن يترتب على الامتناع عن التشريح مفسدة عظمى، هي إهمال علم الطب، فأجيز التشريح، بل وجب، دفعاً للضرر العام[1].

حادي عشر ـ إن الإمام الشافعي رحمه الله قد استشهد من السُنّة، بما يثبت أن الذرائع إلى الحلال والحرام، تشبه معاني الحلال والحرام، فقد جاء في كتابه «الأم»:

«وفي منع الماء، ليمنع به الكلأ الذي هو من رحمة الله، عام يحتمل معنيين:

أحدهما: أن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله، لم يحلّ، وكذلك ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله، (قال الشافعي) فإن كان هذا هكذا، ففي هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحلال والحرام، تشبه معاني الحلال والحرام»[2].

ومعنى هذا، أن الذريعة تأخذ حكم ما تفضي إليه.

وتخريجاً على هذا الأصل، أن ما كان ذريعة متعينة إلى الواجب المفروض، يشبه أن يكون في معناه من باب أولى، لأن «المصلحة» فيه آكد من الإباحة، والتسعير الجبري من هذا القبيل، لأنه ذريعة إلى صيانة حق المسلمين من الضياع ومنع الظلم عنهم، وهذا واجب مفروض قطعاً.

وفي هذا ردٌّ كافٍ على بعض الشافعية الذين قالوا بمنع التسعير، وهو ردٌّ مستمدٌّ من أصول مذهب إمامهم رضي الله عنه كما رأيت.

ثاني عشر: على أن أئمة مدرسة الحديث في المدينة، قد قالوا بوجوب التسعير،

---

(١) «الموافقات»: (٣/ هامش ص٢٥٩). ويقول الشيخ دراز في تعليقه على اعتبار جهة التعاون: «هذا، وباب الحكم على الخاصة لأجل العامة واسع، ومنه نزع الملكية الخاصة للمنافع العامة، ومنه ما وقع في زمن معاوية رضي الله عنه من نقل قتلى أحد من مقابرهم إلى جهة أخرى، لإجراء العين الجارية بجانب أحد، وكان ذلك بمحضر الصحابة، ولم ينكروا عليه...» المرجع السابق.

فإذا كان تقديم المصلحة العامة على الخاصة واجباً شرعاً عند التعارض، فإن التوفيق بينهما إن أمكن، يكون واجباً من باب أولى، كما في التسعير، إذ لا يجوز التقديم إذا أمكن التوفيق.

(٢) «الأم» للشافعي (٣/ ٢٧٢).

دفعاً للضرر عن العامة، من مثل الإمام سعيد بن المسيب[(١)]، وربيعة الرأي، شيخ الإمام مالك، ويحيى بن سعيد، فما هو عمدتهم في ذلك، هو عمدتنا.

ثالث عشر: يتّجه على الحنفية، أن منطقهم الفقهي في الاجتهاد غير مُحكم، لانتفاء التلازم بين الوسيلة ومقصدها الشرعي الثابت، كما أسلفنا.

وأيضاً قد أخذوا بمبدأ سدِّ الذرائع، رعايةً لمصلحة خاصة، وسَمَّوْهُ «استحساناً» في مسألة تصرف المالك إذا أضر بجاره ضرراً فاحشاً[(٢)]، ومنعوه من التصرف على هذا الوجه، استثناءً من القياس العام، وهو حرية التصرُّف في الملك، فيلزمهم أن يأخذوا بالاستثناء في مسألتنا هذه، رعايةً لمصلحة عامة من باب أولى، وإلّا وقعوا في التناقض، لأن علة الحكم في الأولى متقرِّرة بِعينها، وبصورة أقوى في الثانية.

رابع عشر: وأما احتجاجهم بكون الإمام عمر رضي الله عنه عن اجتهاده في تقييد حاطب بن أبي بلتعة بالسعر العام في السوق[(٣)]، إذ لم يُجز له أن ينتقص عنه، مما يدلّ على عدم جواز تدخل وليِّ الأمر بالتسعير، فلا حجّة لهم فيه، ذلك لأن نكوله لم يكن ناشئاً عن اعتقاده بتحريم التسعير ـ كما وهموا ـ بل لعدم تحقق مناط التذرع ـ في هذه الواقعة ـ إلى الضرر العام، فلم يتحقق بالتالي مناط التسعير الواجب.

فهذا من باب «تحقيق المناط» في الوقائع، مما لا علاقة له بأصل وجوب التسعير الذي يستند إلى مبدأ سدِّ الذرائع[(٤)]، أو إلى قاعدة الاستثناء.

خامس عشر ـ ومما يؤكد وجوب التسعير أيضاً «مبدأ تغير الحكم بتغيُّر الزمن» في

---

(١) وهو إمام مدرسة الحديث، وأحد رواة حديث النهي عن الاحتكار. «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٢٠ وما يليها).

(٢) «تبيين الحقائق»: (٢/ ١٦٢)، وراجع أيضاً نقد مذهب الحنفية في هذا الموضوع.

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»: (٦/ ٢٩).

(٤) قد أخذ الإمام عمر في كثير من وقائع اجتهاداته، بمبدأ سد الذرائع، عندما تحقق مناط التذرع في الواقعة المعروضة، كما في منعه التزوج بالكتابيات الأجنبيات، وتوريث المطلقة بائناً في مرض الموت، ومنع بيع اللحوم إلّا في بعض أيام الأسبوع، وغير ذلك كثير، مما يقر الحق والعدل، والمصلحة العامة، كما أسلفنا. «الجامع لأحكام القرآن»: (٢/ ٥١) للقرطبي.

الفروع، لأنه ـ كما علمت ـ يدور مع المصلحة الراجحة المعتبرة شرعاً، نتيجةً للاجتهاد والبحث والخبرة، وهذا المبدأ مستقر في الفقه الإسلامي، يتمُّ على أساسه تخريج أحكام الفروع المناسبة للمصالح التي تختلف تبعاً للظروف والأحوال، فما يعتبر مصلحة في حال، قد لا يعتبر كذلك في ظرف آخر، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي[١]: «إن الشأن في معظم المنافع والمضار، أن تكون إضافية (نسبية) لا حقيقة، فهي منافع ومضار في حال دون حال، وبالنسبة إلى شخص دون شخص، أو وقت دون وقت».

ويؤكد هذا المعنى، الشيخ عبد الوهاب خلاف، في كتابه: «السياسة الشرعية»، إذ يقول ما نصه: «إنما تربط جميع الأحكام بالمصالح، إذ الغاية منها (من الأحكام) جلب المنافع، ودرء المفاسد، حتى إن الرسول ﷺ كان ينهى عن الشيء لمصلحة تقتضيه، ثم يبيحه إذا تغيرت الحال، وصارت المصلحة في إباحته، فغاية الشرع هو المصلحة»[٢].

ولا شك أن المصلحة المعتبرة شرعاً هي مقصود الشرع، كما يقول الإمام الغزالي، فيجب الاجتهاد في تحريره، لأنه مبنى العدل في الفروع عملاً.

وهذا المبدأ ـ مبدأ تغير الحكم بتغير الزمن ـ من مقومات سياسة التشريع أيضاً، إذ يواجه الوقائع بظروفها، بما يحقق المصلحة والعدل في كل عصر وبيئة.

وبذلك يترجَّح لديك، اجتهادَ من ذهب إلى وجوب التسعير عند الاقتضاء، إذا تعين وسيلة لدفع الضرر العام، بأدلة تكاد تفيد بمجموعها القطع واليقين.

---

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٠)، و«أعلام الموقعين»: (٣/ ١).

(٢) «السياسة الشرعية» ص٦ ـ ٧، المطبعة السلفية، القاهرة ١٣٥٠هـ، وراجع بحث تغير الأحكام بتبدل الأزمان في كتاب «تعليل الأحكام» للشيخ مصطفى شلبي ص٣٠٧، وراجع المادة ٣٩ من «مجلة الأحكام العدلية».

شروط التسعير الجبري
في الفقه الإسلامي

أ ـ شروط التسعير في الفقه الحنفي:

١ ـ تعدّي التجار في القيمة تعدياً فاحشاً، وفسّروا التعدِّي الفاحش بما يساوي ضعف القيمة.

٢ ـ ظهور الاحتياج العام إلى السلع المغالى في أثمانها.

٣ ـ أن يتعين إجراءً أو نظاماً لمقاومة الاحتكار وكسره، أو لمحاربة الغلاء، وذلك بأن يعجز القاضي والدولة عن معالجة هذه الظاهرة، وصيانة حق العامة إلّا به.

٤ ـ أن يكون الإمام عدلاً.

٥ ـ استشارة أهل الخبرة[1]، دون اشتراط تشكيل لجنة على نحو معيَّن، كما هو الشأن عند المالكية.

---

(١) أشرنا آنفاً إلى أن عنصر الخبرة العلمية النزيهة من قِبَل الثقات العدول، مُقوّم أساسي في تحقيق معنى العدل في الوقائع، أو تحقيق الصالح العام واقعاً، وقد نص الفقهاء في كثير من المواطن على ذلك، ولاسيما في «نظام الحسبة» في الإسلام. فإذا كان هذا النظام العملي قائماً أساساً على تطبيق مبدأ الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، إذا رقَّ وازع الدين، فإنه يُشترط فيه «القدرة» أو «القوة» لحمل الناس على مقتضى النظر الشرعي، ولهذا قالوا إن الدولة هي التي تنهض به، وعلى ذلك جرى الخلفاء المسلمون منذ القدم، ولاسيما في عهد عمر بن الخطاب الذي كان أول من أنشأ هذا النظام، غير أن «القوة» قد تكون غاشمة تجافي العدالة، أو قد تتسم بطابع الارتجال والتسرع، لذا نرى الفقهاء يشترطون في المحتسب الثقة والأمانة والعلم بالأسباب أو الحيل التي تضر بالصالح العام، أياً كانت: من الغش، أو التدليس، أو التلاعب بالأسعار، أو غير ذلك، ليحول دون التسبب فيها، ولما كان المحتسب يعجز عن الإحاطة بكل ذلك، نشأ ما يسمى بنظام «العرفاء»، وهم الخبراء العدول الأمناء الذين يستعين بهم المحتسب في التعرف على أحوال السوق، وأرباب الصناعات، وما يجري فيها، وغير ذلك مما يمسُّ حق المسلمين وصالحهم، ومن هنا كانت الاستعانة بالخبرة في التسعير.

وفي هذا المعنى يقول صاحب كتاب «نهاية الرتبة في طلب الحسبة» ما نصه: «ولما لم تدخل الإحاطة =

ب ـ شروط التسعير في فقه المالكية ومُتأخري الحنابلة:

١ ـ ظهور الحاجة العامة إلى السلع أو المنافع أو الخدمات التي غلا سعرُها، أو أجرُها، أو توقُّع ظهورها، وهذا بالإجماع.

٢ ـ تشكيل لجنة التسعير على النحو الذي بيّنا، ضماناً للعدالة، ورعايةً للحقين.

٣ ـ تعيُّن التسعير وسيلة إلى ذلك، وهذا متفق عليه كذلك، لأن التسعير خلاف الأصل، ولا يثبت إلّا عند الحاجة الماسة، أو توقع حدوثها في غالب الظن.

٤ ـ أن تكون السلع من المكيل أو الموزون أي من المثليات، لأن قيمتها تعرف بالوزن أو الكيل، وما يلحق بها، بخلاف القيمات.

٥ ـ أن تستوي من حيث الجَوْدَةُ[1]، لأن للجودة حظاً في الثمن كالمقدار، نوّه بذلك المالكية.

ويقاس على هذا، المصنوعات، والأعمال، والمنافع، والخبرات، لوحدة العلة، فينبغي أن تُسعَّر على أساس التفاوت في معيار الجودة، صنعةً، ومهارةً، وكفاءةً

= بأفعال السوقة ـ أهل السوق ـ تحت وسع المحتسب، جاز له أن يجعل لأهل كل صنعة عريفاً من صالح أهلها، خبيراً بصناعتهم، بصيراً بغشوشهم وتدليساتهم، مشهوراً بالثقة والأمانة، يكون مشرفاً على أحوالهم، ويطالعه بأخبارهم، وما يجلب سوقهم من السلع والبضائع، وما تستقر عليه من الأسعار، وغير ذلك من الأسباب التي يلزم المحتسب معرفتها، فقد روي أن النبي ﷺ قال: «**استعينوا على كل صنعة بصالح أهلها**» [ذكره العجلوني في «كشف الخفاء»: (١/ ١٣٤)]. «نهاية الرتبة في طلب الحسبة» للإمام الشيرازي الشافعي ص١٢ تحقيق ومراجعة الدكتور السيد الباز العريني، طبع دار الثقافة ـ بيروت ـ لبنان ١٩٦٩م، وانظر «الطرق الحكمية»: ص٢٧٦ ـ ٢٧٧.

(١) قال ابن حبيب: «وهذا في المكيل والموزون، مأكولاً كان أو غير مأكول ـ أي المثليات ـ من المبيعات التي لا تكال ولا توزن». أقول: ويلحق بهذا «المُقدَّرات» التي لا تتفاوت بين أفرادها تفاوتاً فاحشاً يؤثر في القيمة عادة، والمصنوعات التي يثبت التماثل بين آحادها من حيث أصل المادة الخام، والصنعة، وكذلك الأعمال والمنافع، مهارة ودقة وخبرة وجودة. حسبما تقرره الخبرة العلمية في كل نوع.

هذا، «ونظام الحسبة» من أهم النظم التي تقوم على قواعد سياسة التشريع في الإسلام، مؤيداً لمقاومة الاحتكار، وحمل الناس على الالتزام بالتسعير الجبري، ومنع التغالي، ومنع الغش، والتدليس، وما إليه بسلطان الدولة.

علمية، لأن التفاوت في الكفاءات، يستلزم ـ عدلاً ـ التفاضلَ في العطاء[1]، فلا يكون العطاء على أساس الوظيفة، بل على أساس كلٍّ من المؤهل العلمي (الشهادة) والخبرة بالممارسة والقِدَم، والإنتاج المبتكر.

٦ ـ أن يكون الغلاء بفعل التجار وتحكمهم[2]، لا لكثرة الخلق (التضخم السكاني) أو قلة الإنتاج بسبب الجدب، أو لغير ذلك من الأسباب، مما ليس لأحد فيه يد.

٧ ـ أن يكون الإمام عدلاً.

٨ ـ أن يكون تحديد الأسعار قائماً على أساس رضا التجار ورضا العامة، وقد حدّدنا المعنى المقصود من الرضا، وهو أن يحقق ربحاً معقولاً للتجار والمنتجين والمالكين بوجه عام، بلا وكس لا شطط.

هذه الشروط في جملتها، تتوقف عليها عدالة التسعير، وتوفر الثقة بأحقيته، ضماناً لسرعة الاستجابة والامتثال.

ج ـ النقد العام لشروط التسعير:

يتّجه على الحنفية وعلى مُتأخري الحنابلة أيضاً، أنهم لم يبيِّنوا النظام الذي يتمُّ به تحديد الأسعار عملاً، على النحو الذي رأينا عند المالكية، من تشكيل لجنة على نحو خاص، وهذا ـ بلا ريب ـ أضمن لتحقيق العدل والتوازن بين الحقّيْن، وأبعد عن المحاباة أو الارتجال والتحكم، وسوء العاقبة.

---

(١) «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده»: ص١٠٧ وما يليها للمؤلف، طبع مؤسسة الرسالة ـ طبعة ثانية ـ في موضوع «مبدأ العدل المطلق».

(٢) «الحسبة» لابن تيمية: ص٣٣، و«الطرق الحكمية» ص٢٧٦ ـ ٢٧٧.

ويقول أبو الوليد الباجي في اشتراط «الجودة» وأن يكون من المثليات: «هذا إذا كان المكيل أو الموزون متساوياً في الجودة، فإذا اختلف صنفه، لم يؤمر من باع الجيد أن يبيع بمثل سعره ما هو أدون، لأن الجودة لها حصة في الثمن كالمقدار».

هذا، وكثير مما كان يعتبر قيمياً، أصبح مثلياً، أو قريباً منه، بفضل التقدم الصناعي، حتى الدجاج واللحوم، ولأن عدم إجراء التسعير عليها حرج بالغ. «المنتقى»: (٥/ ١٧ وما يليها).

ويتجه على الحنفية، أن شرط «التعدي الفاحش» أو مجاوزة ضعف القيمة ليس من شأنه أن يحقق رعاية الصالح العام غالباً، ولاسيما حق الفقراء ومُتوسطي الحال، وهؤلاء يشكلون الغالبية العظمى من المجتمع، فاشتراط أن يجاوز التاجر ضعف القيمة، بما يزيد عن مئة في المئة، ربحاً في المواد الضرورية (القوت) التي يكثر بيعها، ويستمر يومياً، مما يلحق ضرراً بالغاً بمعظم الناس.

على أنّا لم نف لهذا التحديد على أساس شرعي ينهض به، ولم يشيروا هم إلى مستندهم في ذلك، وهذا ميل منهم إلى محاباة التجار ـ كما هو ظاهر ـ بتوسيع نطاق حريتهم في التصرف والاستغلال.

وأيضاً، التاجر المستغلّ لا يطمع أن يُحقِّق ربحاً في المواد الأساسية أكثر من ضعف القيمة (١٠٠٪) فهو شرط لا يقيده، بل يُحقِّق جشعه، وبذلك أضحى التسعير غير ذي جدوى، فضلاً عن أن التسعير عند الحنفية للتوعية لا للإلزام، بل نرى أن مثل هذا الشرط في التسعير يُضفي على الاستغلال صفة المشروعية، بينا هو محرّم في الإسلام على سبيل القطع، وإلّا فلم حرم الاحتكار؟

ونرى أن يُكتفى بأن يجاوز الحد المألوف في الأسعار الذي كان سارياً قبل التحكم والاحتكار.

ويتجه على المالكية، أن اشتراطهم توافر التراضي فيما تحدِّده اللجنة من سعر، لا داعي إليه، مادام الإلزام بحق مبدأ مستقراً في التشريع، لأنه أضحى مناطاً للعدل في ظرف الاحتياج العام كما أسلفنا.

على أن رضا التجار ليس مطلقاً، بل مقيد بالربح المعقول، ولا يسوِّغ الإمام لهم ما يضر الناس.

وأما اشتراط تعيُّن الوسيلة بالإجماع، فذلك يُوضِّح اتجاه التشريع الإسلامي إلى المحافظة على «حرية التجارة» ما أمكن، وحرية المالك في التصرف في ملكه، ولكن دون تعسف أو استغلال.

فالاستغلال إذن ظاهرة لا تستوجب ـ في أصول التشريع الإسلامي ـ استئصال

شأفة حق الملكية الفردية من أصول النظام الاقتصادي الإسلامي، بل تستوجب تقييدها بما يلزمها بالعدل جبراً، إن لم يتحقق اختياراً.

وهذا أدنى إلى تحقيق العدل والمصلحة اقتصادياً واجتماعياً، وإلى الاعتراف بشخصية الفرد في هذا التشريع، خلافاً للنظام الذي يلغي حق الملكية الفردية أصلاً، لأن هذا ـ في نظر الإسلام ـ ظلم عظيم.

ومما يؤكد ذلك، أن الأصل في التسعير ـ ودون مقتضٍ ـ هو التحريم، على ما جاءت به السنة.

وإذا علمت أن التسعير الجبري ضرب من «تدخل الدولة» في حقوق الأفراد، ونشاطهم الاقتصادي، رأيت أن الشريعة تُضيِّق من نطاق هذا التدخل، حتى تقتضيه ضرورة رعايةِ الصالح العام، وتحقيق العدل، وإيصال الحق إلى مستحقه.

أما شرط الربح العادل، فهذا يقتضينا أن نفرد له بحثاً في السعر العادل في الفقه الإسلامي المقارن.



السعر العادل في الفقه الإسلامي المقارن

المبدأ الثابت[١] في التشريع الإسلامي ـ كتاباً وسنة ـ أن التسعير العادل هو ما لا يكون ضاراً أو مجحفاً بأيٍّ من المتبايعين:

١ ـ البائع أو المنتج[٢] ـ زراعة أو صناعة ـ أو المالك.

٢ ـ المشتري أو المستهلك[٣] ومن في معناه.

وهذا المبدأ ـ في منطق هذا التشريع الخالد ـ مُتفرِّع عن المبدأ العام الذي هو مدار التشريع الإسلامي كله، وهو: «رعاية الحقين» والتوفيق بينهما ما أمكن عند التعارض[٤].

---

(١) المبدأ العام، هو المفهوم التشريعي الكلي المجرد الذي يستهدف بحكمه تحقيق العدل في موضوعه، والمقصد الشرعي القطعي الذي شرع من أجله، وهو يتميز عن الإجراء أو النظام أو القانون الاجتهادي الذي يُتخذ لتطبيقه، وتحقيق مقصده من المصلحة والعدل.

(٢) البائع قد يكون أفراداً، أو شركات، أو الدولة.

(٣) والمشتري، قد يكون من صغار الباعة، وقد يشتري لا ليبيع، ولا ليستهلك، بل ليستخدم ما يبتاعه في إنتاج أرضه أو مصنعه، من أدوات وآلات ذات أهمية بالغة، أو مواد خام، أو مواد مساعدة على تحسين إنتاجه، كالأسمدة الكيماوية وما إليها.

(٤) التعارض هنا قائم بين رغبة صاحب السلعة في تحقيق أكبر قدر من الربح لصالحه، زائداً عن نفقات إنتاجها، وتسويقها، والجهود التي بذلت في سبيل ذلك حتى وصلت إلى المشتري أو المستهلك، وبين اجتهاد المشتري لنفسه، في أن يحصل على السلعة بأدنى قدر ممكن من الثمن بالنسبة لقيمة منفعة تلك السلعة لمصلحته، فتعارضت المصلحتان. =

وقد نهض بمبدأ السعر العادل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا۟ ٱلنَّاسَ أَشْيَآءَهُمْ﴾ [الأعراف: ٨٥]، وقوله ﷺ في الحديث القدسي: «**يا عبادي! إني حرّمتُ الظُّلْمَ على نفسي، وجعلتُه بينكم محرماً، فلا تظّالموا**»[١]، وقوله عليه الصلاة السلام: «**لا ضرر ولا ضرار**»[٢].

وفي قول علي كرم الله وجهه: «يجب أن يكون البيع بأسعار لا تجحف بالفريقين من البائع والمبتاع»[٣].

وجه الدلالة في الآية الكريمة، أنها تنهى عن نقص الناس حقوقهم[٤]، بأن ينقص بعضهم حقوق بعض، وليس هذا خاصاً بالكيل والميزان فحسب، بل يشمل بعمومه نقص القيمة والمخادعة عنها، كما يكون البخس في السلعة بالتعييب والتزهيد فيها، وكل ذلك ضرب من أكل مال الناس بالباطل[٥]، كما يشمل البخس، المماكسة والغش والحيل التي تُنتَقَصُ بها الحقوق[٦]، فالآية الكريمة شاملة بعمومها البائع والمبتاع كما ترى، كما تشمل تحريم البخس في الحقوق المعنوية، بأن يكفر الناس بعضهم حق بعض في العلم والفضل»[٧].

= هذا، ومن مقومات العدل فيما لا نص فيه مبدأ «إعطاء كل ذي حق حقه»، والرسول ﷺ قد أشار إلى ذلك بقوله في شأن الإرث دون افتئات أو غبن أو إجحاف، كما أسلفنا، ولا جرم أن من حق البائع، أن لا يُمنَع ربحاً معقولاً، كما قال فقهاء المالكية، ودون وكس في حقه، كما يقول متأخرو الحنابلة، ومن حق العامة ألا يضاروا في حرمانهم حاجاتهم الضرورية، بل يجب أن يوفوها دون غبن فاحش أو شطط عليهم.

(١) أخرجه مسلم: ٦٥٧٢، وأحمد: ٢١٤٢٠، من حديث أبي ذر.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٣) «الإسلام وأوضاعنا الاقتصادية» للشيخ محمد الغزالي ص٩٤، و«نهج البلاغة»: (٥/ ٣٤٢). وانظر تفسير: «لا ضرر ولا ضرار» والأوجه التي يحتملها في كتابنا: «نظرية التعسف في استعمال الحق» ١١٢ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٤) تفسير «المنار» للشيخ محمد عبده: (٨/ ٥٢٥ ـ ٥٢٦).

(٥) تفسير القرطبي: «الجامع لأحكام القرآن»: (٧/ ٢٤٨)، طبع دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، ١٣٨٧هـ و١٩٦٧م بالقاهرة.

(٦) تفسير «المنار»: (٨/ ٥٢٥ ـ ٥٢٦).

(٧) المرجع السابق.

ووجه الدلالة من الحديث القدسي: «أنه نهى الناس عن أن يظلم بعضهم بعضاً، لأن الظلم في ذاته محرم، أيّاً كان منشؤه، وموقعه كما أسلفنا والنهي بعمومه شامل تحريم الظلم بين المتبايعين».

والخلاصة، أن البخس ـ بما هو انتقاص للحق ـ ظلم محرم، أياً كان مصدره، وموقعه، سواء أكان محلّ الحق مادة أم معنى.

وعلى هذا، لا يجوز للعامة أيضاً، أن ينقصوا التجار حقهم، فيُماكسوا في السلعة، أو يخادعوا عن قيمتها في التعييب فيها، أو أن يستغلوا ظروفاً سيئة حاقت بالبائع، من إفلاس ونحوه، أو بسبب سلع أو مواد يتسارع إليها الفساد والعطب، أو لا تحتمل التخزين أمداً طويلاً، حتى إذا لم يتم تصريفها خلال أيام أو أسابيع، لحقت به خسارة فادحة، أو غير ذلك من الأسباب، فيأخذ الناس يتربصون به قرب وقوع المضرة، أو ظروفه السيئة، ليشتروا أمواله بأبخس الأثمان، ويلحقوا به خسارة جسيمة[1]، وفي هذا المعنى يقول ابن القيم:

«وكذلك يمنع والي الحسبة «المشترين» من الاشتراك (التواطؤ) في شيء لا يشتريه غيرهم، لما في ذلك من ظلم البائع»[2]، ويقول أيضاً: «فإذا كانت الطائفة تشتري نوعاً

---

(١) روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال: «سيأتي على الناس زمان عضوض، يَعَضُّ الموسر على ما في يديه، ولم يُؤمَر بذلك»، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنسَوُا ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] ويُبايَعُ المضطرون، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر [أخرجه أبو داود: ٣٣٨٢، وأحمد: ٩٣٧]، والعلة ظاهرة في هذا النهي، وهي حالة الاضطرار لا ذات البيع، كما ذكرنا، ويورد ابن قيم الجوزية، نقلاً عن مسند الإمام أحمد، حديثاً عن حذيفة بن اليمان ﷺ يؤكد هذا المعنى عن النبي ﷺ إذ يقول: **«إن بعد زمانكم هذا، زماناً عضوضاً، يعض الموسر على ما في يديه، ولم يؤمر بذلك، قال الله تعالى: ﴿وَمَآ أَنفَقْتُم مِّن شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُۥ وَهُوَ خَيْرُ ٱلرَّٰزِقِينَ﴾ [سبأ: ٣٩] وينهر شرار خلق الله، فيبايعون كل مضطر، ألا إنّ بيع المضطر حرام، المسلم أخو المسلم، لا يظلمه، ولا يخونه، إن كان عندك خير، فعُدْ به على أخيك، ولا تزده هلاكاً إلى هلاكه»** [ذكره ابن حجر في «المطالب العالية»: (٧/ ٣٣٧)، من حديث حذيفة]. وانظر «أعلام الموقعين»: (٣/ ١٨٢)، تحقيق الأستاذ الشيخ محمد محي الدين عبد الحميد ١٣٧٤هـ ١٩٥٧م، الطبعة الأولى، المكتبة التجارية الكبرى ـ القاهرة.

(٢) «الطرق الحكمية» ص٢٨٨.

من السلع أو تبيعها، قد تواطئوا على أن يهضموا ما يشترونه، فيشتروه بدون ثمن المثل، ويبيعوا ما يبيعونه بأكثر من ثمن المثل[١]، ويقتسموا ما يشتركون فيه من الزيادة[٢]، كان إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان، ولا ريب أن هذا أعظم إثماً وعدواناً، من تلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، ومن النجش».

وهذا استدلال بروح أو معقول ما ثبت تحريمه بالسنة من البيوع الممنوعة.

كما لا يجوز للدولة أن تمكّن العامة ـ محاباة لهم ـ من الإضرار والإجحاف بالمالكين، بتسعير ظالم أو جزافيٍّ مرتجل، إذ العلة في الحالين واحدة، ولأن التصرف على الرعية (جميعاً) منوط بالمصلحة، والمصلحة المعتبرة شرعاً هي مناط العدل.

هذا المبدأ ثابت في التشريع، كتاباً وسنة، كما ذكرنا، وهو أصل كلي شرعي متفق عليه، وأما في الاجتهاد التطبيقي لهذا المبدأ، فقد اختلفت وجهات النظر في وسائل وإجراءات هذا التطبيق على النحو الآتي:

أ ـ رأي الحنفية:

يرى الحنفية، أن السعر التلقائي الحرَّ في السوق، أو في ميدان التعامل بوجه عام، هو الذي يحقق مبدأ العدل بين الفريقين، لأنه نتيجة طَبَعِيَّةٌ لحرية المساومة، والتعاقد، وهو ما يطلق عليه اليوم «قانون العرض والطلب»، حتى إذا نشأت «مُعوِّقات» وجب إزالتها، كأن يتدخل التجار فيحتكروا السلع الضرورية، أو يتخذوا أيَّ وسيلة أخرى لإغلاء الأسعار، أو أن تتدخل الدولة نفسها بالتسعير الجبري، فتُعكِّر على هذا السعر التلقائي صَفْوَ مسارِه، ولذا أجمع فقهاء الحنفية، القدامى منهم والمتأخرون، على عدم جواز التسعير، فقالوا: «لا ينبغي للإمام أن يُسعِّر. . .»[٣]، ويقال للمحتكر المغالي: «بع كما يبيع الناس، وبزيادة يتغابن الناس في مثلها»[٤].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) والمقصود بالزيادة هنا، حصيلة المغالاة في الأسعار، أو هو الاستغلال بعينه.

(٣) لا يجوز ولا يصح شرعاً.

(٤) مصادر ومراجع الفقه الحنفي المشار إليها سابقاً.

ويذهب الإمام مالك ـ في رواية ابن القاسم عنه[١] ـ إلى عدم جواز النقص عن هذا السعر العام، إذا أفضى مآلاً ـ في غالب الظن ـ إلى إفساد سعر السوق. حيث يقول: «ومَن حطَّ في السعر أقيم»، وأما عدم جواز الزيادة فمن باب أولى، وكل ذلك محافظة على السعر الطبعي العام الذي يحقق ـ في اجتهادهم ـ المبدأ العام، يرشدك إلى هذا، أن الحنفية ـ كما علمت ـ اتخذوا من الإجراءات ما يعيد السوق إلى حالتها الأولى لإزالة المعوِّقات، ولم يلجأوا إلى التسعير الجبري، حتى بعد استنفاد الإمام لجميع الوسائل[٢]، وعجزه عن منع التجار من التغالي في الأسعار عن طريق الاحتكار، فقالوا بإجبار أهل السوق على إخراج سلعهم، وعرضها وبيعها بالسعر العام الذي كان سارياً فيها قبل التحكم، حتى إذا تعنتوا، باع عليهم الإمام جبراً بالسعر العام للسوق، لتعلُّق حق العامة بتلك الأموال، ولم يسعِّر عليهم، لأنهم يرون السعر الحرَّ العام هو السعر العادل، وهو ما ذهب إليه مُتقدمو الحنابلة، وجمهور الشافعية.

يؤكد هذا، أن التسعير ـ عند الحنفية ـ للتبصير، لينطلق الناس إلى الاشتراء أو التعامل عن وعي، ثم يجتهدوا لأنفسهم بأنفسهم في المساومة، والدولة بمنأى عن ذلك، لأنهم أدرى بمصلحتهم من الدولة، وهذا هو ما يسمى اليوم بالاقتصاد الحرّ، كما ذكرنا.

ب ـ رأي مُتأخري الحنابلة وجمهور المالكية:

يرى هؤلاء أن «السعر العادل» لا يتحقق تلقائياً في السوق وقت الأزمات، بل يُحدِّده الإمام بإشرافه واستشارة أهل الخبرة.

ويفهم من هذا أمران:

أولهما: أنه لا يجوز التسعير جُزافاً أو ارتجالاً، أو محاباة لأحد من الجانبين.

---

(١) وهي الرواية التي تفيد أن الإمام مالك حرم التسعير الجبري بإطلاق. المراجع السابقة للمالكية.

(٢) أي ولو في حال الضرورة، أو الحاجة التي تكاد تبلغ مبلغها.

الثاني: أن السعر يتحدَّد على أساس نفقة السلعة، وتكاليفها، وظروف تسويقها، والجهود التي بذلت في سبيل ذلك، مع زيادة نسبة معقولة من الربح، ومن ثم لا يكون لحاجة المشتري أو اضطراره أثر في هذا التحديد، خلافاً لما رأينا عند الحنفية، إذ اشترطوا ـ كما تعلم ـ تعدّي التجار ضعف القيمة، ولحاجة المشتري أثر في ذلك على النحو الذي بينا، فليس السعر العام التلقائي الحرّ في السوق إذن هو السعر العادل في اجتهاد هذا الفريق، لأنه ـ في نظرهم ـ ليس كفيلاً بتحقيق مبدأ العدالة في الواقع، أو مبدأ المثلية غالباً، نظراً للحيل وضروب المخادعة التي يلجأ إليها التجار عادة، مما له أثر في رفع مستوى هذا السعر العام من ناحية، ولاضطرار المشتري أن يقبل ظاهرياً بهذا السعر العام المفتعل، ولو بلغ ضعف القيمة ثمناً للسلعة أو المنفعة على ما اشترطه الحنفية، من ناحية أخرى.

وإذا كان لاضطرار العامة أثر في تحديد هذا السعر العام، أو رفعه، لم يكن تلقائياً عادلاً، لأن الاضطرار هو سبب الارتفاع الذي هو منشأ الاستغلال.

ويرى المالكية أيضاً، أنه يجب ـ والحالة هذه ـ عدم ترك أمر «العدالة» في المبادلات وقت الأزمات الاقتصادية، لحرية التجار واختيارهم، بدليل كثرة إساءتهم التصرف فيما مُنحوا من حق الملك، وتأثيرهم في الأسعار بالإغلاء غالباً، والمجتهد الحق ينبغي أن يأخذ هذا الواقع بعين الاعتبار في التشريع الاجتهادي التطبيقي.

إذن، المنافسة الحرة، وحرية التعاقد والمساومة، مبدأ مستقر في التشريع الإسلامي، بل هو الأصل، ولكن في غير الأسواق الاحتكارية، أو ظروف الإساءة[1] والتعسف في استعمال حق الملك جشعاً واستغلالاً.

---

(١) وظروف الإساءة والتعسف، هي منشأ دليل وجوب إزالة الضرر العام، وهذا منوط بولي الأمر الذي له الولاية العامة على الرعية، وهي أساس التصدي لمواقع الإساءة أو التدخل في شؤون التجار وحقوقهم، منعاً للظلم قبل وقوعه، أو إزالةً له بعد الوقوع.

تقدير الاتجاهين ونقدهم أصولياً، وفي ضوء فلسفة التشريع:

لا شك أن مبدأ «رعاية الحقين» إذا تحقق تلقائياً من قبل الفريقين، دون تدخل من التجار أو الدولة، أي عن طريق المنافسة الحرّة المشروعة، فذلك هو الأصل، أو القياس كما قلنا، لأن الوازع الديني كفيل بتحقيق ذلك لو استقام، ولكن رعاية الحقين لا تكون عند التعدِّي الفاحش، كما يراه الحنفية، ولاسيما في المواد الضرورية الأساسية، والمنافع والخدمات التي لا يستغنى الناس عنها.

على أن فقهاءهم قد نصوا على أن المساواة هي مبنى المعاوضة[1]، فأين المساواة والتعاون في مثل هذا التفاوت الفاحش؟ والتعاون مفروض شرعاً.

والواقع أن ليس لهذا الاجتهاد أساس من العدل، لظهور محاباته للتجار أو المنتجين أو المالكين بوجه عام، هذا فضلاً عن أنَّ حكم التسعير ـ في نظرهم ـ لا يجعله إجراءً ناجعاً لتحقيق السعر العادل، لأنَّ الفريقين ليسا متساويين من حيث القوة الاقتصادية كما أسلفنا، فتحكُّم القوي في الضعيف، أمر واقع ومشاهد، وينتج عن ذلك حتماً، أن تحديد السعر العام الذي رأوه عادلاً، إنما يتم على أساس عامل اضطرار المشتري وشدة حاجته، لا على أساس قيمة السلعة وتكاليفها مع زيادة نسبية تمثل الربح المعقول.

ثم ما الفائدة من استشارة أهل الخبرة ـ كما يقول الحنفية ـ إذا أصبحت غير ذات أثر مباشر في معالجة التحكم، وأنت تعلم أن حرمة بيع المضطر وشرائه، لا لذات البيع والشراء بالبداهة، بل للاضطرار وما ينشأ عنه من استغلال وغبن فاحش، إذ هو العلة في التحريم، فكيف يُقبل سعر ويوصف بأنه عادل، إذا كان عامل الاضطرار أساساً في تكوينه؟؟ بل كيف يتسق في منطق التشريع الإسلامي أن يكون عامل أو ظرفٌ علةً في النهي والتحريم، ثم يكون هو نفسه عاملاً ومقوِّماً من مقومات العدل فيه؟ لا يعقل هذا، للتناقض!!

---

(١) «البدائع»: (٤/ ٢٠٣)، «العناية»: (٧/ ١٤٧).

أما الاتجاه الثاني، فنحن نرى أنه أدنى إلى تحقيق العدل عملاً، لأن التسعير يُدرس موضوعياً من كافة جوانبه وأسبابه ضماناً لعدالته، ولا يمكن أن يكون «العدل» موضع انتقاد من أحد، وهو ما أخذت به بعض التشريعات المعاصرة.

ومبدأ المنافسة الحرة في الاقتصاد نظري بحت، لأنه لا يتحقق معناه أو مناطه العام شرعاً في الواقع المعيش، ولا يؤتي ثمراته، من تحقيق السعر المتوازن العادل غالباً، لتفاوت القوى الاقتصادية بين الفريقين، وقت الأزمات، وهذا دليل بيِّن على أن الفقه الإسلامي واقعي وعملي.

فالمبدأ ثابت، ولكن الوسائل والطرق أو النظم الاجتهادية التي يتم بها تحقيق غايته من العدل ـ غالباً ـ مختلفة كما رأيت، وفي هذا المعنى يقول الشيخ علي الخفيف: «وإنه ليُرى أن التشريع الإسلامي... اكتفى بوضع الأصول، والمبادئ العامة التي يجب أن تتخذ أساساً لتخيُّر النظم الملائمة للأمم على اختلافها، عصراً، وثقافةً، وعرفاً، وبيئة»[1]، وأقول: وأحوالاً وظروفاً[2].

التسعير العادل في الأعمال:

يُقرِّر القرآن الكريم مبدأً عاماً في الجزاء على العمل في آياتٍ عدة، من مثل:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم: ٣٩] أي إن الأجر على قدر الجهد الذاتي، أو المساواة والمعادلة بين الجهد والأجر، نوعاً وأثراً.

٢ ـ وقوله تعالى: ﴿وَلِكُلٍّ دَرَجَٰتٌ مِّمَّا عَمِلُوا۟﴾ [الأنعام: ١٣٢]، فالأجر يتفاوت تبعاً لنوعية العمل، وأهميته، وأثره.

٣ ـ وأكد القرآن الكريم على التعادل، والوفاء الحق بين العمل والأجر، دون

---

(١) «التصرف الانفرادي» ص٥.

(٢) راجع كتابنا: «أصول التشريع الإسلامي» ص٢٧٢ وما يليها، في المبادئ والأصول التي تعتبر من النظام الشرعي العام.

إذ لا ينكر تغير الحكم الاجتهادي بتغير الزمن، ويقصد بالزمن ظروف الناس وأحوالهم، راجع المادة ٣٧ من «مجلة الأحكام العدلية».

بخس أو غبن، بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾ [الأعراف: ٨٥]، ولقوله سبحانه: ﴿وَمَن يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَا يَخَافُ ظُلْمًا وَلَا هَضْمًا﴾ [طه: ١١٢]، وقوله عز وجل: ﴿هَلْ تُجْزَوْنَ إِلَّا مَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [النمل: ٩٠].

ولا جرم أن عدل الله تعالى في الآخرة، هو عين عدله في الدنيا، إذ «العدل الإلهي» واحد لا يتجزأ.

٤ ـ هذا، وفي القرآن الكريم حافز على الابتكار أو الإبداع في الأعمال، والوفاء بحقه، كقوله تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧] فيوفى حقه في ذلك مهما قلّ أو صَغُر، ولقوله تعالى: ﴿وَلِيُوَفِّيَهُمْ أَعْمَالَهُمْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ﴾ [الأحقاف: ١٩][١].

فلا ينبغي أن يُنتقص امرؤًا أو يُماطَلَ في أداء حقه إليه كلاماً، ولقوله ﷺ: «**أعطوا الأجير حقَّه، قبل أن يجفَّ عرقه**»[٢].

ولا ريب، أن تفاوت الأعمال حسب أهميتها ونوعها وأثرها، منوط بالعلم والخبرة والإتقان، ولا نقصد بذلك الخبرة العامية أو البدائية، فلهذه اعتبارها الخاص أيضاً، لأنها ضئيلة الشأن والأثر، وإنما نقصد تلك الخبرة التي أساسها العلم والاختصاص، وذلك بدوره منوط بالمؤهلات العلمية، وهي متفاوتة، إن في العلم النظري المجرّد، أو التجريبي العملي التطبيقي، أو المخبري.

وتأسيساً على هذا، لا تقاس قيمة العمل نوعاً وأثراً وجودة بالوظيفة، بل بالمؤهل العلمي والخبرة العملية الناشئة عنه، ولا شك أن لتعدد المؤهلات العلمية المتجانسة أو المتقاربة في موضوعها، اعتباراً في تقدير العطاء، لأنها مظنة سعة الأفق، وتفتح الذهن، وغزارة العلم.

ويتفرّع عن ذلك، أن التفاوت في الكفاءات يستلزم التفاوت في العطاء عدلاً[٣].

---

(١) ولاسيما إذا بخست وانتقصت أجورهم في الدنيا.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤٣، من حديث ابن عمر.

(٣) راجع بحث «مبدأ العدل المطلق» في التشريع الإسلامي، كتابنا: «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص١٠٣ ـ ١٠٧، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة ـ لبنان ـ بيروت ١٩٧٧م.

قال تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر: ٩] مكانةً وحقاً، حتى إذا تساووا في أصل الكفاءات، كان التفاوت بينهم في العطاء والأجر، على قدر الجهد المبذول، ومدى إتقانه، وتجويده، أو على أساس مبلغ الابتكار فيه.

ونرى، أن مجرّد «الأقدمية» لا تصلح مظنةً للحق في زيادة الأجر، حتى يقوم الدليل على كونها كذلك، من الجهد المبذول، وإلّا كانت «الأقدمية» في حدِّ ذاتها، باعثاً على الركون إلى الكسل والإهمال، والعمل الرتيب على مرِّ الزمن، وهو مشاهد محسوس، فإذا انتفى الجهد الزائد نوعية وأثراً، لم يكن ثمة أساس للحق في أجر زائد، إذ المبدأ العام الذي قرّره القرآن الكريم صراحةً، أن الأجر على قدر الجهد الذاتي، كمّاً أو كيفاً، أو هما معاً، ورتيب العمل يستلزم رتيب الأجر، هذا فيما يتعلّق بأرباب الكفاءات.

وعلى هذا، فإن ظرف الاضطرار، أو الحاجة الذي يحيق بأيٍّ من الفريقين: العامل أو رب العمل، لا يصلح أساساً لتحديد الأجر، لأن ذلك منافٍ لأصل العدل الذي يقضي بأن يكون الأجر العادل منوطاً بالعمل ذاته، كمّاً، وكيفاً، وأثراً، وبذلك نتفادى مشكلة «فائض القيمة» في علم الاقتصاد التي كانت سبباً في نشوء مذاهب اقتصادية متطرفة اتخذت من هذه المشكلة حجة لإلغاء أصل الملكية الفردية، على اعتبار أن هذه الملكية أصل نشوء صور الاستغلال، والأزمات الاقتصادية.

وإلغاء أصل الملكية الفردية ـ في نظر التشريع الإسلامي ـ ظلم عظيم، لأنها ثابتة من الدين بالضرورة، ولهذا عَمِل على إبقائها، حماية لمصلحة الفرد وشخصيته العاملة الحرة المسؤولة المنتجة، وحارب الاستغلال محاربة لا هوادة فيها، كما حمى مصلحة المجتمع، بل جعل منهما محور التشريع كله، ونسق بينهما عند التعارض، حفظاً للحقين معاً كما رأيت.

التزام الدولة العمرية بتأمين تموين الناس بالمواد الغذائية الضرورية، فضلاً عن فرض أموال نقدية لكل منهم بما يحقق الكفاية:

ثبت أن عمر رضي الله عنه قد أمر ـ في خلافته ـ باتخاذ دفاتر عائلية، تكتب فيها أسماء أفراد العائلة، ومواليدها، ذكراً كان أم أنثى، مسلماً كان أم غير مسلم، وفرض لكل محتاج منهم مئة درهم، ونصيباً معلوماً كافياً من الطعام في كل شهر[1]، من الخبز والزيت والخل، وهذا يفوق تدعيم الدول الحاضرة لبعض المواد الغذائية الضرورية، كالخبز، والسكر، والأرز، والزيت، إذ تتحمل الدولة المعاصرة ما يقرب من خمسين في المئة أو يزيد من قيمتها الحقيقية، وهو يساوي الفرق ما بين القيمة الحقيقية لهذه السلع، وبين أسعارها التي تباع بها فعلاً بموجب بطاقات تموينية، مساعدة للطبقة الفقيرة.

وعلى هذا، فإن التسعير العدل للمواد الغذائية الضرورية الذي يساوي نفقات السلعة مع قدر من الربح المعقول، مرهق للطبقة الفقيرة، وأصحاب الدخل المحدود، فتلجأ الدول اليوم إلى مثل هذا التدعيم.

وقد رأيت أن سياسة عمر الاقتصادية قد سارت في هذا الطرق إلى مدى أبعد، فضلاً عن النصيب النقدي المفروض لكل فرد محدود الدخل في الدولة.



(١) انظر بحثاً للدكتور بلتاجي بعنوان: التزام الدولة الإسلامية بأرزاق الناس في خلافة عمر بن الخطاب، «مجلة الوعي الإسلامي»، السنة الثامنة، غرة جمادى الأولى سنة ١٣٩٢هـ. «التسعير الجبري» للأستاذ الشوربجي: ص٤٦.



العقوبة التعزيرية:

إن مخالفة التسعير بما يزيد عن المحدَّد أمرٌ محرّمٌ شرعاً، لما في هذه المخالفة من إضرار بالمصلحة العامة، ولذا كانت العقوبة عليها حق الشرع.

هذا، وليس ذلك مقصوراً على المواد «التموينية» بل هو شامل لكل ما يحتاج إليه الناس، ويوقعهم حرمانهم منه أو التغالي في سعره، في ضيق أو حرج غير معتاد كما بينا.

وعلى هذا المعنى، اتفقت كلمة الباحثين المحققين[1]، ونسوق إليك نص الفتوى التي أصدرها مفتي الديار المصرية سابقاً، وعضو جماعة كبار العلماء[2]: «إن تسعير المواد التموينية في وقت الضائقة، عمل ضروري تقتضيه المصلحة العامة، لتيسير العيش لجميع الأفراد على سواء، ولمنع التهارج والتغالب عليها، ويدخل ذلك في باب السياسة الشرعية التي تجعل لولي الأمر في مثل ذلك حق التخصيص، والتحديد، والتسعير، استناداً إلى قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» وقاعدة «الضرر مدفوع» وتجعل طاعته فيما يجريه في ذلك حتماً[3]، ومخالفته إثماً، والعقوبة عليها حقاً[4]، والسياسة

(١) الشيخ محمد أبو زهرة في «ابن حنبل» ص٣٠١ ـ فقرة ١٠٩، والشيخ مصطفى شلبي في «تعليل الأحكام» ص٧٨ و٧٩، والشيخ محمد الغزالي في «الإسلام المفترى عليه» ص١٠٥، والدكتور حسين حامد في «المصلحة» ص١٨٠.

(٢) «فتاوى شرعية» للشيخ حسين مخلوف: (٢/ ١٥٠)، ط٢. الشيخ حسين مخلوف.

(٣) ملزماً، وأمراً مفروضاً.

(٤) ثابتاً في الشرع.

العادلة الرشيدة من الدين الحنيف»[١].

ولم تقصر الفتوى حكم التسعير ومؤيداته على المواد التموينية، بل جعلت ذلك شاملاً لكل ما يحتاج إليه الناس، بقولها:

«وكذلك الحكم في غيرها ـ غير المواد التموينية ـ مما يحتاج إليه، كالملابس، ومواد البناء، وغيرها، ومن البيِّن أن يحرم بيعها بأزيد مما سعِّرت به ـ والله أعلم»[٢].

ممثل السلطة في الدولة الإسلامية ينهض بالعقوبة التعزيرية تقديراً وتوقيعاً (تنفيذاً)[٣]:

ينهض بهذه العقوبة في الإسلام تقديراً وتوقيعاً الإمام، أو من يعيِّنه لذلك، وهو الوزير المختص غالباً[٤]، فيصبح ممثلاً لسلطة الدولة، ومفروضاً عليه ذلك، بتفويض من رئيسها الأعلى، وبالتفويض تثبت المسؤولية والاختصاص.

العقوبة التعزيرية على أنواع: صفة وقدراً:

هذا، والعقوبة التعزيرية على أنواع، صفةً، وقدراً، منها: العقوبة المالية[٥]،

(١) ولو لم يرد بخصوصها نص، أو قياس خاص.

(٢) المرجع السابق.

(٣) العقوبة التعزيرية ليست مقدرة من الشارع، بل تخضع لتقدير الإمام أو من يعينه لذلك، وتُوقَّع على كل معصية: من ترك واجب، أو فعل محرم، مما لم يرد فيه حدٌّ أو كفارة، ويُقصد بها الردع، والزجر، والتأديب. «الحسبة» للإمام ابن تيمية ص١٢.

(٤) ويقول ابن خلدون في «مقدمته»: «الحسبة وظيفة دينية، من باب الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بأمور المسلمين، يعيِّن لذلك من يراه أهلاً له، فيتعيَّن فرضه عليه، ويتخذ الأعوان (العرفاء) على ذلك، ويبحث عن المنكرات، ويعزِّر، ويؤدِّب على قدرها، ويحمل الناس على المصالح العامة في المدينة». «المقدمة»: (٣/ ٢٠١)، مطابع الشعب بمصر، و«الطرق الحكمية» ص٢٧٨.
هذا، وقد ولَّى النبي ﷺ على الحسبة، سعيد بن العاص، في سوق مكة بعد الفتح، وولَّى عمر بن الخطاب أمَّ الشفاء الأنصارية على السوق، وعبد الله بن عتبة، بل كان يتولاها هو أحياناً. «القضاء في الإسلام» للأستاذ مدكور ص١٤٧، و«الطرق الحكمية» ص٢٧٧.

(٥) وتسمى عقوبة التغريم بالمال، وسيأتي بحثها مفصلاً مقارناً على استقلال.

والعقوبة البدنية، وعقوبة تقييد الحرية (الحبس)، وعقوبة نفسية محضة، كالتوبيخ[١]، والنظر بوجه عبوس.

وسائر هذه الأنواع تستهدف غرضاً واحداً هو «الإيلام» زجراً[٢] وردعاً.

يخضع تقدير العقوبة التعزيرية لمبدأ المماثلة في الجزاء، ومبدأ المناسبة التي تفضي بها غالباً إلى تحقيق الصالح العام:

يقول ابن تيمية: «إن عقوبات التعزير تختلف مقاديرها وصفاتها، بحسب كبر الذنوب وصغرها، وبحسب حال المذنب، وبحسب حال الذنب، قلةً وكثرةً»[٣].

ويؤكد هذا المعنى ابن القيم بقوله: «يتغيّر التعزير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً أو مكاناً أو حالاً، ويختلف تقدير العقوبة فيه، حسب خطر الجريمة، وتأصلها في نفس المجرم»[٤].

ويلاحظ أن كلًّا من مبدأ المثلية في الجزاء، ومبدأ المناسبة، يقوم على اعتبارات موضوعية من حيث خطورة الجريمة ـ في حدِّ ذاتها ـ وأثرها على المجتمع، واعتبارات شخصية أيضاً، من حيث حال المتهم، ووضعه الاجتماعي، وأخرى مكانية وزمانية، كما رأيت، فلا بدّ من تطوير تشريعها قدراً ووصفاً في كل زمن.

---

(١) «الطرق الحكمية» ص٣١١.

(٢) ومعنى الزجر: ردع الجاني ومنعه من أن يعود إلى اقتراف الجريمة، وحمل غيره على الاعتبار والعظة، فيمتنع من ذات نفسه عن مقارفتها، رهبةً مما أصاب غيره من العقاب، فالشأن في العقوبة أن تفضي إلى الزجر غالباً، إذ هي مَظِنَّةٌ لذلك.

والإيلام أثر تتركه العقوبة التعزيرية بجميع أنواعها وصفاتها في نفس المجرم، سواء منها العقوبة البدنية، أم الغرامة المالية، أم العقوبة المقيدة للحرية، أم العقوبة النفسية، ويُختار منها ما يكون مُناسباً وناجعاً، لكل حال على حدة بظروفها الموضوعية والشخصية كما بينا، تحقيقاً للعدل والمصلحة العامة في التشريع العقابي، باستشارة الخبراء والمتخصصين في هذا الشأن، فضلاً عن أن العقوبة ينبغي أن تكون على وجه يصلح الجاني.

(٣) «الحسبة» لابن تيمية ص٤٦.

(٤) «الطرق الحكمية» ص١١٧. وقوله: بحسب اقتضاء المصلحة له: أي للتعزير، وص٢٧٦ ـ ٢٧٧، ابن القيم.

وأما المناسبة فتعني، أن من شأن ترتيب الحكم بالعقوبة على الجريمة، أن يُفضي إلى المقصد الشرعي من أصل تشريع العقاب، وهو الزجر والردع، وحماية المجتمع، وتحقيق المصلحة العامة.

هذا، ومبدأ المثلية[(١)] والمناسبة[(٢)] من مباني العدل، وموجهاته في التشريع العقابي الإسلامي.

وتأسيساً على ذلك، لا يُتجاوز في العقاب ما يتحقق به المقصد الشرعي منه في كل حال على حدة، إذ التجاوز ظلم، فلا تُوقَّع عقوبة ما بما يجاوز ما تقتضيه الضرورة[(٣)]، صفة ومقداراً، إذ لا يصار إلى دفع الظلم، بارتكاب ظلم مثله.

منشا صفة مخالفة التسعير الجبري، من كونها معصية أو من المنكرات شرعاً:

إن منشأ صفة هذه المخالفة من كونها معصية أو منكراً، هو أن تحديد التسعير، إنما ثبت بالوجه الشرعي من قِبَلِ ولي الأمر، أو من يُعيِّنه لذلك كما قدمنا.

أما كونه قد تحدَّد بالوجه الشرعي فمن ناحيتين:

أولاهما: من حيث الدلائل الشرعية التي نهضت بوجوب التسعير.

الثانية: من حيث مصدر الأمر بهذا التحديد، وهو ولي الأمر أو أحد نوابه، لما له من الولاية الشرعية التي تتعلَّق بالصالح العام، ومن هنا وجبت طاعته، والمعاقبة[(٤)]

---

(١) أما مبدأ المثلية في الجزاء، فقد قرّره القرآن الكريم في مواطن عدة، من مثل قوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى: ٤٠]، وقوله سبحانه: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقوله عز وجل: ﴿وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَلۡبَٰبِ﴾ [البقرة: ١٧٩] وهو المساواة ـ راجع مباني العدل وموجهاته في كتابنا: «أصول التشريع الإسلامي» ص٢٧٧ وما يليها.

(٢) وأما المناسبة فمبناها المقصد الكلي في التشريع، وهو أن الأحكام معللة بمصالح العباد، فلا تجد حكماً في المعاملات والجزائيات، مسلوب الحكمة التشريعية كما قدمنا، وإلّا لزم العبث أو التحكم، وكلاهما لا يُشرع، ومن هنا وجب أن يكون تشريع الحكم وتنفيذه، مفضياً إلى مقصد الشارع منه، فالحكم وحكمة تشريعه مقترنان تشريعاً وتطبيقاً. راجع بحث التغريم بالمال.

(٣) الأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه، لأن ذلك محرم شرعاً، وإنما شرع استثناءً للضرورة على سبيل الجزاء الوفاق، فتقدر بقدرها.

(٤) هذا، والعقوبة التعزيرية بما هي في الأصل غير مقدرة من قبل الشارع، كالحدود والكفارات ـ قد تُرك =

على مخالفة أمره، لقوله تعالى: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٥٩] حتى عند القائلين بأن التسعير غير ملزم.

أو بعبارة أخرى، ثبت كون تحديد السعر بالوجه الشرعي، شكلاً وموضوعاً.

وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية: «**مخالفة التسعير معصية من المنكرات التي يناط بالمحتسب**(١) **إنكارها، والنهي عنها، والعقاب عليها**»(٢).

هذا، ويجمع بين الاحتكار ومخالفة التسعير علة واحدة، وهي الاستغلال، فيتّحد الحكم، وهو التحريم ضرورةً.

مؤيدات الإلزام بالتسعير في الواقع التاريخي:

وفي الواقع التاريخي، يذكر المقريزي في خططه، أن من أهم اختصاصات المحتسب، رقابة الأسعار، والإشراف على السوق، والتعزير والتأديب لمن يتلاعب بها... ويعاقب من يرفع الأثمان(٣).

= أمر تقديرها إلى من ينيبهم ولي الأمر في هذا التقدير تعييناً، كالقاضي أو المحتسب أو الوالي، وسلطة من يُعيَّن لذلك، وإن كانت واسعة، غير أنها مقيدة بمراعاة الظروف الشخصية للمتهم، والظروف الموضوعية للجريمة نفسها، والمكانية والزمانية، وذلك قصداً إلى تحقيق «المثلية» و«المناسبة» بين العقوبة والجريمة، مقداراً ونوعاً وأثراً، وهذه شروط جوهرية في تحقيق «العدل» في العقاب التعزيري، لتغدو مظنة للوصول به إلى غرض الشارع من الردع والزجر والتأديب، كما بينا.
أما الظروف الشخصية، فمن مثل مراعاة حال المتهم، ومدى أثر توقيع العقوبة المقدرة اجتهاداً على شخصيته بوجه خاص، واعتبار سوابقه، وأما الموضوعية، فمن مثل تقدير أثرها في المجتمع، وقد تكون «المناسبة» في توقيع أكثر من عقوبة، أو في التنفيذ، أو إيقافه، حسب الأحوال. «الحسبة» لابن تيمية ص٤٦ ـ ٤٩، و«الحسبة» للشهاوي ص١٤٦، وراجع البحث المفصل في التغريم بالمال في هذا الكتاب.

(١) ليس تخصيص المحتسب بالذكر يفيد الحصر، أو قصر هذه المهمة عليه، بل لأن الغالب أن يكون هو المنوط به ذلك ـ في تلك الأيام.

(٢) «الحسبة» ص٤٦ ـ ٤٩، وانظر في هذا المعنى أيضاً: «من توجيهات الإسلام» لأستاذنا المرحوم الشيخ محمود شلتوت، شيخ الجامع الأزهر سابقاً ص١٨٠.

(٣) «المواعظ والاعتبار»: (٦٣/١).

ويذكر المقرِّيُّ وغيره من المؤرخين، أن المحتسب كان يقوم بتسعير السلع، وإلزام الباعة بالإعلان عن أسعارها كتابةً[١]، وهو يشبه ما تتّخذه الحكومات من إجراءات التسعير في عصرنا الحاضر.

هذا، وقد أجمع الفقهاء ـ كما رأيت ـ على تعزير المحتكر، إذا خالف السعر العام في السوق، وأوجب الجمهور إلزامه بالتسعير المُحدّد من قبل الإمام أو نوابه، وأيدوا ذلك بإجراءات عدة[٢].

ونستعرض الآن اجتهادات الأئمة في التعزير على مخالفة التسعير:

أ ـ في الفقه الحنفي:

البيع الجبري ـ لا التسعير الجبري ـ هو المؤيد للسعر العام في السوق الذي يراه الحنفية عدلاً، بعد أن أمر البائع بإخراج ما احتكره، وبعد التعزير أو الحبس، كسراً للاحتكار، ومقاومة للغلاء المفتعل.

غير أن الفقهاء من الحنفية والشفعية، قد رأوا عدم جواز مخالفة الإمام إن سعر، ولو للتبصير، لأن ذلك ضرب من المجاهرة بالخروج على طاعة ولي الأمر، والاستخفاف بأوامره، فيعاقب لذلك[٣]، لا لكون التسعير ملزماً، ولكن البيع صحيح، ولا يملك الإمام فسخه، بل لا يملك إلّا إجازته، والعقد نافذ غير موقوف عليها.

هذا، وذهب الحنفية إلى أن البائع إذا كان يخشى بطش الإمام، إن باع بأزيد مما سعره، لا يحلُّ للمشتري شراؤه ديانةً، لأنه في معنى المُكْرَه[٤]، وهذا يؤكد أن التسعير غير ملزم في اجتهادهم.

---

(١) «نفح الطيب»: (١/ ٢)، و«الحسبة» للشهاوي ص١٥٣، و«النظم الإسلامية» للدكتور حسن إبراهيم حسن: ص٣١٤، و«الحلل السندسية» لشكيب أرسلان: (١/ ١٥٢).

(٢) راجع بحث مؤيدات منع الاحتكار: (١/ ٤٠٦ وما يليها).

(٣) «نهاية المحتاج» للرملي: (٢/ ٤٥٦)، و«تبيين الحقائق»: (٦/ ٢٨).

(٤) المرجع السابق.

هذا، ويرى الإمام أحمد، أن من ينقص السعر إضراراً بصاحبه، فهو آثم بقصده وفعله، لأن القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار ممنوع، على الرغم من أنه تذرع بفعل مباح في الأصل، وليس تصرفه =

على أنه جاء في الفتاوى الأنقروية، أن الإمام أبا حنيفة، سئل عن «متولي الحسبة، إذ سعَّر البضائع بالقيمة، وتعدى بعض السوقية، فباع بأكثر من القيمة، هل له أن يعزره على ذلك، فأجاب: يعزره على ذلك»[١].

فالاجتهاد الحنفي يُقرُّ التعزير على مخالفة التسعير، لكن على أساس مخالفة الإمام وعصيانه، كما أشرنا.

ب ـ رأي جمهور المالكية، ومتأخري الحنابلة، والليث بن سعد، وغيرهم:

يرى هؤلاء الأئمة، معاقبة المخالف للتسعير، لأنه ـ في اجتهادهم ـ ملزم، ويعزره الإمام بما يراه زاجراً له، هذا، إن زاد عن السعر.

أما إن باع بأنقص من السعر المحدّد، أقيم من السوق في رأي الإمام مالك[٢]، حتى لا يضر بسائر أهلها.

= باطلاً بإطلاق. ويرى بعض الفقهاء المُحْدَثين، أن هذا الفعل، قد يؤدي إلى النفع العام والخاص، فضلاً عن انتفاع المرخص بإقبال الناس عليه، ورواج تجارته، ويتجه على ذلك، أن هذا لا يتم في جميع الظروف والحالات، فالنية إذا كانت متجهة إلى الشر، وكان الظاهر ـ على عكس ما افترضه ـ وسيلة إلى الضرر العام، بأن أفسد على أهل السوق أسعارهم المعقولة، فإنه يُمنع، بل يُقام من السوق في اجتهاد الإمام مالك، كما رأيت، إذ العبرة بالمآل من حيث المنع القضائي. «ابن حنبل»: ص٣١٧ للشيخ أبو زهرة.

هذا، وكل منافسة بالإرخاص من قبل فرد أو بعض أفراد، كشركة مثلاً، بقصد إفساد أسعار السوق، وتحطيم سائر التجار في سلعة أو سلع معينة، تعتبر منافسة غير مشروعة، ويجب اتخاذ الإجراءات المناسبة لمنعها، كما سيأتي.

(١) «الفتاوى الأنقروية»: (١/ ١٥٩)، طبع بولاق. والمراد بالسوقية: التجار.

(٢) وفلسفة الإمام مالك الأصولية في هذا، تقوم على أساس اعتبار البيع بأنقص من السعر العام، مظنة (قرينة) قصد الإضرار بعامة أهل السوق، فيصلح مناطاً للمنع، ووجوب الرفع من السوق، أو من مثل هذه الحطيطة من شأنها أن تفضي في حد ذاتها إلى إفساد الأسعار في السوق، ولو لم يتوافر القصد إذا كثر اللجوء إليها، حذراً وحزماً واحتياطاً. «الموافقات»: (٤/ ٢٠٠ وما يليها).

وهذا من باب «فقه الاحتياط» المعروف في المذهب المالكي، الذي يعتبر الكثرة مظنة وقرينة كافية في تحقيق مناط التذرع، ولا يشترط الغلبة، احتياطاً.

مؤيد الإخراج من السوق، أو منع الزيادة أو النقص في السعر في سلعة أو سلع معينة، من قبل فرد أو أفراد إذا أضر بالسعر العام في السوق، أو بالجالبين:

ذهب العلماء في مشروعية هذا المؤيد مذهبين:

أولهما ـ عدم مشروعيته، فلا يجوز الأخذ به.

ثانيهماً ـ أنه مشروع، يجب الأخذ به.

ومنشأ الخلاف هو تأويل حديث[1] عمر ﷺ مع حاطب بن أبي بلتعة.

فذهب الشافعي، وابن حزم، وابن رشد المالكي، إلى أن عمر ﷺ منع حاطباً من الزيادة عن سعر مثل ما يبيع السوق، لا عن النقص، وأوّلوا قوله: «إمّا أن تزيد في السعر» أي في المكاييل، لا في الثمن».

وأما القول بأنه مَنعَهُ من النقص عن سعر المثل، فقد علق عليه ابن رشد، كما جاء في الزرقاني على الموطأ، بأن هذا التأويل «غلط ظاهر، إذ لا يُلام أحد على المسامحة في البيع، والحطيطة فيه، بل يُشكر على ذلك، إن فعله لوجه الناس، ويؤجر إن فعله لوجه الله تعالى»[2].

---

(١) عن سعيد بن المسيب، أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة، وهو يبيع زبيباً له بالسوق، فقال له عمر: «إمّا أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا» [أخرجه مالك في «الموطأ»: (٢/ ٦٥١)، وعبد الرزاق في «مصنفه»: (٨/ ٢٠٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى»: (٦/ ٢٩)]، وانظر «الزرقاني على الموطأ»: (٣/ ٢٩٩)، المكتبة التجارية، مصطفى محمد، ١٣٩١هـ ـ ١٩٧١م.

وفي «حاشية المزني على الأم»: (٢/ ٢٠٩) من رواية داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر: «أنه مر بحاطب بن أبي بلتعة بسوق المصلى، وبين يديه غرارتان فيهما زبيب، فسأله عن سعرهما، فسعَّر له مُدَّيْن بدرهم، فقال عمر: لقد حُدِّثْتُ بعيرٍ مُقبلة من الطائف تحمل زبيباً، وهم (يغترون) أو يعتبرون بسعرك، فإمّا أن ترفع في السعر، وإمّا أن تُدخل زبيبك البيت، فتبيعه كيف شئت، فلما رجع عمر، حاسب نفسه، ثم أتى حاطباً في داره، فقال له: إن الذي قلت لك، ليس بعزيمة مني ولا قضاء، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد، فحيث شئت فبع، وكيف شئت فبع» [أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»: (٦/ ٢٩)]، وانظر «الطرق الحكمية» ص٣٠٠، و«المحلى»: (٩/ ٤٠) مسألة (١٥٥٤).

(٢) «الزرقاني على الموطأ»: (٣/ ٢٩٩).

وأكد هذا المعنى الإمام الشافعي بقوله: «وبه أقول[١]، لأن الناس مسلطون على أموالهم، ليس لأحد أن يأخذها، ولا شيئاً منها، بغير طيب أنفسهم، إلّا في المواضع التي تلزمهم، وهذا[٢] ليس منها».

وهذا الفهم لا يتسق إلّا على أساس التأويل بأن عمر ﷺ نهى حاطباً عن الزيادة في السعر، لا عن النقص منه.

وأما ابن حزم، فقد أسقط الاحتجاج بأثر عمر ﷺ أصلاً، حيث يقول: «إنه لا يصح عن عمر، لأن سعيد بن المسيب، لم يسمع عن عمر»[٣]، ثم خطّأ من تأوّله بالنهي عن النقص، وأوّله بالنهي عن الزيادة، بقوله: «وأنه لو صح، لكانوا قد أخطأوا فيه على عمر، فتأولوه بما لا يجوز[٤]، وإنما أراد عمر بذلك ـ لو صح عنه ـ بقوله: إمّا أن تزيد في السعر، يريد أن تبيع من المكاييل أكثر مما تبيع بهذا الثمن، وهذا خلاف قولهم» فالنقص في المكيال لا في الثمن.

وأيّد ابن حزم تأويله هذا الذي يتفق وتأويل ابن رشد المالكي، والإمام الشافعي، برواية لأثر عمر من طريق آخر، وبعبارة صريحة، إذ يقول: «كما روينا هذا الخبر عنه من طريق عبد الرزاق، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، قال: «وجد عمر حاطب بن أبي بلتعة، يبيع الزبيب بالمدينة، فقال: كيف تبيع يا حاطب؟ فقال: مُدَّين، فقال عمر: تبتاعون[٥] بأبوابنا، وأفنيتنا، وأسواقنا، تقطعون في رقابنا، ثم تبيعون كيف شئتم! بِعْ صاعاً، وإلّا فلا تبع في أسواقنا[٦]، وإلّا فسيبوا[٧] في الأرض، ثم

(١) أي بما روي عن عمر، من أنه حاسب نفسه، ثم رجع عن التصدي لحقوق التجار بالتسعير عليهم.

(٢) أي التسعير ليس من المواضع التي يجوز أن تؤخذ فيها أموال الناس بغير طيب من أنفسهم، بل ينبغي أن يبيعوا على ما يختارون. «الأم»: (٢/ ٢٠٩) كتاب الشعب، «حاشية المزني».

(٣) «المحلى»: (٢/ ٤٠) مسألة (١٥٥٤)، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ـ بيروت، تصويراً.

(٤) أي بالنهي عن نقص السعر.

(٥) أي تشترون السلع من أسواقنا ومدينتنا، وتستولون على رزقنا، ثم تعمدون إلى الإغلاء علينا.

(٦) وهذا هو مناط الاستدلال على مؤيد الإخراج من السوق.

(٧) أي سيحوا فيها.

اجلبوا[١]، ثم بيعوا كيف شئتم»[٢].

ثم ما لبث ابن حزم أن انتقد تأويل الفريق الآخر الذي يرى أن في النقص ضرراً بأهل السوق، فرد على ذلك، بأن في النقص مصلحة لأهل البلد، ولاسيما المساكين، وأما أهل السوق فلهم أن يسيروا في نقص الأسعار على نهجه، إذ يقول: «بل في قولكم أنتم[٣] الضرر على أهل البلد كلهم، وعلى المساكين، وعلى هذا المحسن[٤] إلى الناس، ولا ضرر في ذلك على أهل السوق، لأنهم إن شاؤوا أن يرخصوا كما فعل هذا، فليفعلوا، وإلّا فهم أملك بأموالهم، كما هذا أملك بِماله»[٥].

ومفاد هذا، أن كلًّا منهما حُرٌّ في التصرف فيما يملك، ولا يجوز لأيٍّ منهما أن يتعرض للآخر بما يقيّد تصرفه.

هذا بشأن الإرخاص، ولكن عمر ـ كما يرى ابن حزم ومن معه ـ نهى حاطباً عن الإغلاء، وأمره أن يبيع صاعاً بدل مُدَّين، بالثمن نفسه، والصاع أربعة أمداد، ثم رجع عمر عن ذلك، وترك الناس يبيعون على ما يختارون، زيادةً أو نقصاً، فدلّ ذلك على أن ولي الأمر، أو نوابه، لا يملكون أن يتعرضوا للتجار بالتقييد والتسعير.

وعلى هذا، فليس في خبر عمر بروايتيه، تأويلاً أو تصريحاً ـ في نظر ابن حزم ـ ما يصلح حجة على مشروعية الإخراج من السوق حال الزيادة، فضلاً عن النقص عن مثل سعر السوق، ومن ثَمَّ لا يجوز الأخذ بهذا المؤيد.

أما الفريق الآخر، فقد اتّجه إلى وجوب الأخذ به، ومنع الإرخاص أو الزيادة، من قبل فرد أو أفراد، عن أسعار السوق، ومنهم الإمام مالك[٦] رحمه الله، إذ أخذ

---

(١) أي من خارج المدينة، استيراداً، أو جلباً من القرى والمدن الأخرى.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه»: (٨/ ٢٠٧).

(٣) من عدم جواز نقص فرد أو أفراد عن مثل سعر السوق، وإلّا فإنه يقام من السوق حتى لا يضر بهم.

(٤) وهو من أرخص السعر.

(٥) «المحلى»: (٦/ ٤١).

(٦) وهذا ما ذهب إليه الإمام الشوكاني أيضاً، على ما جاء في تعريفه للتسعير. «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٢٠).

بخبر عمر رضي الله عنه على تأويل أنه نهى عن النقصان لا عن الزيادة، ولذا يرى، أن من حطَّ عن السعر العام أُقيم من السوق، استدلالاً بقول عمر: «إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا»[١][٢]. ويقول الإمام مالك[٣]: «لو أن رجلاً أراد إفساد السوق، فحطَّ عن سعر الناس[٤]، لرأيت أن يقال له: إما لحقت بسعر الناس، وإما رفعت»[٥] ولم يثبت في رواية الموطَّأ رجوع عمر عن ذلك.

وهذا تأكيد لإبقاء السعر العام الحر التلقائي في السوق، في الأحوال العادية، كما ترى.

أما الزيادة، أي الإغلاء، فقد علمت أن الإمام مالك يوجب به التسعير العادل.

حكم هذا المؤيد ـ في رأينا ـ فرع عن الحكم على سياسة عمر الاقتصادية بوجه عام:

مؤدَّى سياسة عمر هذه، أنه لا يجوز لفرد أو أفراد ـ كشركة مثلاً ـ أن يعبثوا بسلامة السوق[٦]، أو أن يضروا بالمصلحة العامة، حالاً أو مآلاً، ذلك لأنه نظر إلى أن هؤلاء قد يُرخصون سعر سلعة، أو سلع معينة إلى أقل من مستوى تكاليفها ونفقاتها ـ أي قد يتكبدون خسارة فادحة بادئ الأمر ـ من أجل أن تكسد تجارة غيرهم في هذا الصنف من السلع أو ذاك، فيضطر هؤلاء إلى ترك الاتجار فيه، أو إغلاق محالهم، وحينئذ يستأثر المُرخِصون بالسوق ويأخذون في التسلط والاستبداد، أو الحُكْرة

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ»: (٢/ ٦٥١)، وعبد الرزاق في «مصنفه»: (٨/ ٢٠٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى»: (٦/ ٢٩).

(٢) «الزرقاني على الموطأ»: (٣/ ٢٩٩) الشيخ محمد محيي الدين عبد الحميد، ومراجعة عبد الحليم العسكري، طبع المؤسسة العربية للطباعة والنشر، ١٣٨٠هـ ـ ١٩٦١م.

(٣) فيما نقله ابن القيم في «الطرق الحكمية» ص٢٩٨ وما يليها ـ تقديم.

(٤) يقصد الجمهور من تجار السوق.

(٥) المرجع السابق. وراجع «المنتقى» للباجي: (٥/ ١٤)، و«المغني» لابن قدامة: (٤/ ٢١٧)، و«الطرق الحكمية» ص٢٩٨ وما يليها.

(٦) «المنتقى»: (٥/ ١٤ وما يليها)، و«المغني»: (٤/ ٢١٧).

والتَّغْلية، لِتَفَرُّدِهم بالاتجار فيه، بعد تحطيم غيرهم من التجار، فهذه «المنافسة» غير مشروعة في الإسلام، لأنها صورة من صور التذرع أو التسبب في الاحتكار من حيث المآل، وأنت تعلم سياسة عمر في مقاومة الاحتكار، بل سياسته الاقتصادية العامة، إذ هو الذي أنشأ نظام الحسبة لتنظيم السوق، ومراقبة الأسعار والغش والتدليس، ومنع بيع اللحوم إلّا في أيام معينة من الأسبوع، حتى لا يُضارَّ الفقراء، وبالجملة يمنع كل تسبب في الضرر العام، ويشرف على تنفيذ ذلك بدقة وحزم عن طريق من يوليه أمر مراقبة السوق، أو يتولى ذلك بنفسه أحياناً، كما في مسألتنا هذه.

وعلى هذا، فإن مؤيد الإخراج من السوق ـ منعاً للنقص ـ يتفق ومقتضى هذه السياسة العامة، ترجيحاً لتأويل الخبر على أنه نهي عن النقص في السعر. يدلك على ذلك، أن المنع من النقص ـ كما ورد في الخبر ـ إنما كان لعلة دفع الضرر العام عن الجالبين وأهل السوق، والناس آخر الأمر، بدليل ما جاء في القصة نفسها «قال له عمر: حُدِّثتُ بعيرٍ[1] من الطائف تحمل زبيباً، وهم يغترون[2] بسعرك، فإما أن ترفع في السعر، وإما أن تُدخل زبيبك البيت، فتبيعه كيف شئت»[3].

فالعلة إذن هي اغترار الجالبين بهذا السعر الرخيص، وفيه من الإضرار بهم ما فيه، إذ يحجمون عن قدوم المدينة بِجلَبهم، تحت تأثير اغترارهم ويتضرُّ أهل البلد آخر الأمر، إذ تعزُّ السلع فتغلو.

غير أن عمر ﷺ حاسب نفسه، ثم رجع عن رأيه الاجتهادي هذا، وقال لحاطب: «أنت حرٌّ فيما تملك، وأن ما قلتُه لك ليس إلزاماً، بل هو شيء أردت به الخير لأهل البلد» أي المصلحة العامة، لأن ما كان يغلب على ظنه من وقوع الضرر العام الذي كان يتوقعه وقت المنع لم يتحقق، أو بعبارة أخرى: إن مناط التذرع إلى الضرر العام لم يتحقق في صنيع حاطب هذا، لا يقيناً، ولا ظنّاً غالباً، فرجوعه إذن لم

---

(١) العير: القافلة، ويعني الجالبين للرزق.

(٢) اغترَّ به: خُدع أو ظن فيه الأمن والخير، ولم يتحفظ. «المصباح».

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»: (٦/ ٢٩).

يكن لعدم مشروعية أصل هذا المؤيد، بل لعدم تحقق مناطه في تلك الحادثة، وعلى هذا، فلا يملك ولي الأمر، أو نوابه، ولا أهل السوق التعرض لمن لا يضر بالصالح العام.

وفي ضوء هذه السياسة العامة، يمكن أن يُفسر الخبر على تأصيل الزيادة في السعر أيضاً، بالنظر إلى المآل.

والخلاصة: أن عمر ﷺ حين غلب على ظنه، أن المصلحة في المنع، زيادة أو نقصاً قال به، لأن مصلحة حاطب الفردية ـ زاد أو أرخص ـ تعارضت ومصلحة أهل البلد، أو مصلحة أهل السوق والجالبين حسب الأحوال، ثم لما تبين له، أن حاطباً لم يكن ليبغي الإضرار بالجالبين، أو منافستهم منافسة غير مشروعة، أو لم يؤد إرخاصه أو زيادته للسعر من حيث ذاتُه إلى ذلك المآل، من الحُكْرة والتَّغْلية[1]، أجاز له ذلك، وأن يبيع على ما يختار، لأنه علَّل حكمه بالمصلحة (الخير) إذ هي مدار الإذن، وفواتها هو مدار المنع.

ولا شك أن هذا التفات ذكي من عمر ﷺ إلى أساس التعامل، والنشاط الاقتصادي، وهو المصلحة العامة، وأن تصرفات الأفراد فيما يملكون ـ ينبغي أن تكون في إطارها، وألّا تتصادم معها، وأن على ولي الأمر أن يشرف على ذلك إشرافاً دقيقاً.

وعلى هذا، فلا تناقض في تبادل اجتهاده، لأنه تبدلٌ يدور على غلبة الظن بتحقق المصلحة العامة، وانتفائها.

والأصل ـ كما رأيت ـ هو المحافظة على السعر العام الحرّ في السوق في الأحوال العادية، وهو مدار اجتهادات الأئمة، لأن به حفظ الحقين: حق المالكين والمستهلكين أو المشترين، شريطة ألا يكون ثمة معوِّقات تُعكِّر صفْوَ مساره، من التحكم، أو الاستغلال، أو الظلم، لأيٍّ منهما، وحينئذ يكون التعرض والتدخل لدفعه.

---

(١) أي: بقطع النظر عن قصد حاطب من الإرخاص.

هذا من حيث مشروعية هذا المؤيد.

أما من حيث الاستدلال بهذا الخبر على منع تصدي ولي الأمر أو نوابه للتسعير، بدليل رجوع عمر ﷺ عن ذلك، فنذكرك بما يلي:

أولاً ـ أنه لا حجّة فيه على عدم جواز التسعير، إذ ورد في قضية مُعيّنة بظروفها الخاصة، فلا يعمّ، أي لا يصلح هذا الخبر لأن يُتخذ منه قاعدة تشريعية عامة لجميع الحالات بإطلاق[1]، إذ ليس فيه لفظ عام يفيد ذلك، ولا ما يفيد العموم ولو إشارة وتلميحاً، فهو كحديث امتناع[2] الرسول ﷺ عن التسعير، وقد طلب الصحابة منه ذلك حين غلا السعر.

ثانياً ـ أنه خبر صحابي في مسألة مُجتهدٍ فيها، إذ لم يرد بخصوص النقص عن السعر، دليل معيَّن من كتاب أو سنة، أو قياس خاص، أو إجماع، ورأي الصحابي في مثل هذا ليس بحجة على الراجح، ولا يعتبر مصدراً للتشريع.

ثالثاً ـ أن هذا الخبر يحتمل معاني متناقضة ـ كما رأيت ـ ومن المقرر أصولياً أن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال، سقط به الاستدلال.

رابعاً ـ أن رجوع عمر ﷺ إنما كان لعدم تحقق مناط التذرع إلى الضرر العام ـ كما علمت ـ لا لعدم مشروعية التسعير، فلا يصلح دليلاً على عدم جوازه، هذا على فرض أن رأي الصحابي حجّة.

خامساً ـ إن سياسة عمر الاقتصادية العامة التي بيّناها، تؤيد التسعير الجبري، فينبغي أن يُفسَّر خبره بتأويليه: النقص أو الزيادة، في ضوء هذه السياسة، إذا تعين

---

(١) وعلى هذا، لا يحتج بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأن «العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب» إذ ليس في هذا الخبر لفظ عام، كما ذكرنا، فلم يتحقق إذن مناط القاعدة فيه.

(٢) فرق بين المنع والامتناع، لأن المنع تشريع عام وملزم. وأما الامتناع فقد يكون بسبب ظروف معينة تلابس واقعة خاصة، اقتضت ذلك الامتناع، وحينئذ لا يكون تشريعاً عاماً، أو قاعدة كلية تطبق على جميع الوقائع وبإطلاق، ولو كان التسعير محرماً في ذاته، لبيّنه الرسول ﷺ إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، وقد وجدت الداعية إلى ذلك حين غلا السعر، وسأل بعض الصحابة الرسول ﷺ أن يسعر لهم.

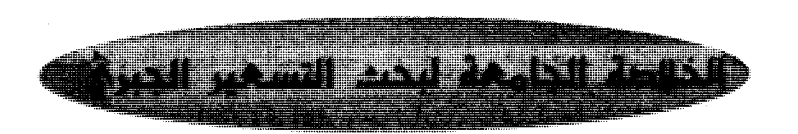
التسعير لمقاومة الاستغلال، واتساقاً مع سياسته في مقاومة الاحتكار بوجه خاص، المدار هو منع الاستغلال، وحماية المصلحة العامة.

هذا، وللإمام أن يتّخذ من مؤيدات مقاومة الاحتكار[١] ما يراه مناسباً للحمل على الالتزام بالتسعير العدل، وناجعاً في مكافحة التغالي في الأسعار، لما ثبت من أن «الاستغلال» كسبٌ خبيثٌ، بالانتظار والتربص، وانتهاز الفرص السانحة كالربا، بدليل ما ورد فيه من الوعيد الشديد بعذاب الآخرة[٢]، فسياسة التشريع قاضية بأن يتعيّن منعُه بكل إجراء اجتهادي يحقق ذلك، لأن منع الاستغلال مقصد شرعي قطعي.



(١) راجع «مؤيدات منع الاحتكار» (١/ ٤٠٦ وما يليها).

(٢) ومن الوعيد الذي جاءت به السنة على جريمة الاحتكار ـ كما علمت ـ براءة الله تعالى من المحتكرين، ولم يرد في القرآن الكريم، إعلان براءة الله ورسوله، إلّا لجماعة المشتركين، في قوله تعالى: ﴿وَأَذَٰنٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ إِلَى ٱلنَّاسِ يَوْمَ ٱلْحَجِّ ٱلْأَكْبَرِ أَنَّ ٱللَّهَ بَرِىٓءٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ۙ وَرَسُولُهُۥ﴾ [التوبة: ٣]، والشرك من الكبائر، فكذلك الاحتكار، لوحدة الجزاء. وبما أن مخالفة التسعير الجبري، تؤدي إلى الاستغلال، وهو عين العلة في تحريم الاحتكار وجزائه، إذ الاحتكار لم يحرم لذاته، فقد اتحدا علةً، فوجب أن يتحدا حكماً، في الدنيا والآخرة، لأن عدل الله تعالى لا يتجزأ فيهما. «من توجيهات الإسلام» للشيخ شلتوت ص١٨٠.



١ ـ بيّنا الفرق بين السعر والثمن في اجتهاد بعض فلاسفة الفقهاء، وقلنا إن السعر هو: «**ما تقع عليه المبايعة بين الناس**»، أما الثمن فهو: «**الشيء الذي يستحق في مقابلة المبيع**».

وبيّنا كذلك، أن للسعر مَعْنيين، باعتبار أنه هو الذي يوصف بالرخص والغلاء:

أحدهما: ما يكون أمراً حتمياً طبعياً، دون افتعال أو تحكم من أحد من الناس، وهو المشار إليه بقوله ﷺ: «**إن الله هو المسعرٌ... الحديث**»[1]، وهذا هو السعر التلقائي الحرّ.

الثاني: ما يكون محدّداً ومفروضاً من قبل ولّي الأمر في الدولة أو نوابه، منعاً للتغالي والاستغلال، ومحلّ النزاع هو هذا الأخير.

٢ ـ أشرنا إلى أهمية التسعير، باعتبار أن أهم دليل يستند إليه شرعاً، هو المصلحة المتعلقة بحق العامة إجماعاً، وقد استمدت أهميته من تعليل الفقهاء لأساس مشروعيته بقولهم: «إنه إلزام بالعدل، ومنع من الظلم».

والمقصود بالظلم هنا هو «**الزيادة**» في السعر، نتيجةً للمغالاة، أو نتيجةً للاستغلال.

وإذا كان الاستغلال ظلماً، فالسعر المعقول الذي يرعى الحقّين، عدلٌ.

---

(١) أخرجه أبو داود: ٣٤٥١، والترمذي: ١٣١٤، وأحمد: ١٤٠٥٧، من حديث أنس، وإسناده صحيح.

٣ ـ وباعتبار أن أساسه المصلحة العامة، كان «العدل» في تصوّر الفقهاء، متمثلاً في «المصلحة» الواقعة أو المتوقعة المستقبلة، إذا كانت متعلقة بحق خاص، وهي تمثل «العدل» من باب أولى، إذا كانت متعلقة بالمصلحة العامة، فليس «العدل» في التشريع الإسلامي مفهوماً ذهنياً فلسفياً مجرّداً، بل هو مدلول واقعي يجد موقعه في الحكم والمصلحة، الواقعة أو المتوقعة، أو قُل في «مقاصد التشريع» جملةً وتفصيلاً، وفي الأحكام كذلك، مبادئ وقواعد وجزئيات، باعتبارها وسائل لم تُشرَّع لذواتها، بل لمعانٍ أُخَرَ، هي تلك المقاصد[1].

والتشريع كلُّه، حكمٌ ومقصد.

٤ ـ عرضنا للتعاريف التي صدرت عن فقهاء المذاهب المختلفة، فلم نظفر بتعريف جامع مانع، يرتبط مفهومه بمفهوم الاحتكار على الراجح في الفقه المقارن، باعتبار أن الأول مؤيد لمقاومة الثاني.

٥ ـ بينا «حقيقة التسعير الجبري» شرعاً، بما لا يتطرق إليه غموض أو نقص أو تَزيُّدٌ، فعرَّفناه بأنه: تحديد للثمن أو الأجر، لأرباب السلع أو الكفاءات أو الخدمات أو المنافع الفائضة عن حاجتهم، وإجبارهم على بيعها به، بموجب أمر يصدره موظف عام مختص بالوجه الشرعي، وباستشارة أهل الخبرة، عند شدة حاجة الناس أو البلاد إليها.

شمل التعريف العناصر الأساسية من ماهية المعرَّف، ومن عنصر الجبر، وشرعية الأمر، بمقتضى أصول الشريعة وقواعدها العامة، واستشارة الخبراء، وظاهرة الاحتياج العام.

وأطلق التعريف متعلّقات التسعير حتى شمل كل ما أضر بالناس أو البلاد حبسُه، وعمَّ المُسعَّر عليهم من المالكين، فتناول بذلك كل من يملك سلعاً أو منافع أو خبرات فنية أو غير فنية يحتاجها الناس أو الدولة، فلم يقصر حكم التسعير على خصوص

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٨٥ ـ ٣٨٧).

التجار، وهذا الإطلاق والتعميم قد سبق أن أقمنا الدليل الشرعي عليهما في بحث الاحتكار، وهو ما يتفق والتعميم في المادة المحتكرة، لأن التسعير وسيلة كسر الاحتكار، ومؤيد لمنعه، فوجب ربط سياسة التسعير بسياسة الاحتكار، متعلَّقاً، وحكماً مناسباً.

٦ ـ أدلة التسعير تحريماً وإيجاباً، مستفادة من السنة نصّاً وروحاً ـ لا من القرآن الكريم، لأن نصوص التسعير معلَّلة، لا تعبدية ـ فضلاً عن الاجتهاد التشريعي في ضوء مقاصد الشريعة، وقواعدها، لاسيما ما تعلّق منها بسياسة التشريع.

٧ ـ أما التحريم فمستفاد من ظاهر النصوص محمولةً على الحالة المعتادة التي يكون السعر فيها تلقائياً، وهو النوع الأول منه، في عهد الرسول ﷺ، وهذا التخصيص قد نهضت به الحكمة أو المقصد الشرعي من حكم التحريم، حيث لم يكن ثمة ما تستوجبه[1]، وبيَّنا علة امتناع الرسول ﷺ عن التسعير، وهي دفع الظلم عن التجار.

٨ ـ وأما إيجاب التسعير الجبري، فأقوى أساس شرعي له هو المصلحة العامة التي نهض بوجوب اعتبارها القاطع من الأدلة في الشريعة وقواعدها العامة، وهي هنا دفع الضرر العام والظلم عن الناس أو الدولة، ويطلق عليها الإمام الشاطبي: «جهة التعاون»، أو بعبارة أخرى، إن وجوب التسعير إنما يقتضيه رفع التعارض بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، والتنسيق أو التوفيق بينهما، فهو محرمٌ إذا أوقع ظلماً بالتجار، وواجب إذا تعيَّن وسيلةً لدفع الضرر عن العامة.

ودفع الضرر عن العامة مصلحة عامة، وتحقيقها من أقوى صوَر العدل في الإسلام، وهي ـ في مسألتنا ـ أقوى دليل تستند إليه مشروعية التسعير الجبري.

على أن التسعير الجبري لا يتنافى ومقتضى الحديث بروايتيه، لأنه وارد في حادثة معينة، فلا يعم، بل يتفق وروحه ومقصده على النحو الذي بيّنا، فيكون وجوب التسعير ثابتاً بروحه ومعقوله.

---

(١) ما يستوجب التسعير.

٩ ـ في التسعير العادل رعاية للحقين، وتحقيق التوازن بينهما، وهو أصل من أصول العدل في التشريع الإسلامي، والعدل واجب تحقيقه، والتسعير إذا تعين طريقاً إلى هذا الواجب، كان واجباً بالضرورة، كما يقضي بذلك العقل والدين، وهذه القضية: «ما لا يتم الواجب إلّا به فهو واجب» من صميم مبادئ السياسة الشرعية القائمة على العمل بمقتضى المصلحة المعتبرة شرعاً.

ورعاية الحقين هي «القيمة المحورية» التي يدور عليها التشريع الإسلامي كله.

١٠ ـ التسعير تدبير تشريعي اجتهادي مصلحي ضروري يضطلع به من أنيط به توجيه السياسة الاقتصادية في الأمة حالة تعارض المصلحتين: الخاصة والعامة، ويفسح مجالاً لتدخل ولي الأمر في توجيه حرية العمل أو التجارة، أو تقييد ممارسة حق الملكية، والعمل، على وجْهٍ لا يضرُّ بجماعة المسلمين وأوطانهم، سواء أكان ذلك وقت الأزمات والظروف الاستثنائية القائمة، أم في الأحوال العادية إذا أُسيء التصرف في حق الملك، إلى حدٍّ يخلق مثل تلك الأزمات، أو يوجدها بعد أن لم تكن، وهذا التدخل تكليف مفروض على ولي الأمر، لأن تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة التي هي أساس ولايته العامة.

١١ ـ والتسعير تدبير وقائي يحول دون استغلال حاجة الناس، ويمنع التسبب في هذا الاستغلال قبل الوقوع، بمنع الاحتكار وفرض التسعير الجبري، كما أنه في الوقت نفسه تدبير علاجي أيضاً، يعالج الأزمة إبان وقوعها، وذلك بفرض التسعير إذا عجز أولياء الأمر عن المحافظة على حقوق الناس والبلاد والأمة إلّا به، وبذلك كانت المصلحة المتوقعة كالواقعة، من حيث جلب المنافع ودرء الأضرار والمفاسد، عملاً بقاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان» وقاعدة «الضرر يزال»، وقاعدة «درء المفاسد أولى من جلب المصالح» وغيرها من القواعد.

١٢ ـ أما الأدلة الأخرى، لمن قال بوجوب التسعير، فنلخصها فيما يلي:

أ ـ مبدأ الإكراه على التعاقد بحق.

ب ـ القياس الأولوي.

ج ـ القواعد التشريعية[1].

د ـ القواعد الفقهية.

هـ ـ مبدأ تغير الحكم بتغير الزمن.

١٣ ـ أما حكم التسعير في اجتهادات المذاهب الفقهية المختلفة في ضوء أدلته من السنة فكما يلي:

أولاً ـ اتفق المالكية وبعض الشافعية، ومتأخرو الحنابلة، والشيعة الجعفرية، وغيرهم، على أن التسعير العادل واجب على ولي الأمر، وملزمٌ للمالكين، إذا تعين طريقاً لدفع الظلم العام، ومُسْتندُهُم في ذلك، القاعدة المُحْكَمة في الشريعة، ومؤدَّاها: أن المصلحة العامة مقدَّمةٌ على المصلحة الخاصة، وقاعدة: «يُتَحَمَّل الضررُ الخاص، في سبيل دفع ضرر عام»، وقاعدة مقدِّمة الواجب، وقاعدة: «يدفع أشد الضررين بأيسرهما»، وقاعدة نفي مشروعية الضرر إيقاعاً أو وقوعاً، أياً كان منشؤه وموقعه، وكلها من قواعد سياسة التشريع في الإسلام التي تعالج بأحكامها ما لا نص فيه، والظروف الملابسة للوقائع المتجدِّدة، ولاسيما الاستثنائية منها، بما يحقق مقاصد التشريع فيها.

ثانياً ـ وقالوا: ليس في التسعير إكراه على البيع حتى يكون العقد قابلاً للإبطال، لفقدان عنصر الإرادة الباطنة (الرضا)، بل فيه منع من الظلم، وهو البيع بأزيد من ثمن المثل، والمنع من الظلم واجب.

ثالثاً ـ في التسعير رعاية للحقين، كما نوهنا، وهو توفيق عادل يجب المصير إليه عند التعارض ما أمكن، لأنه أدنى إلى مفهوم العدل، وأقوم في الحق، وأحفظ للصالح العام الاقتصادي والاجتماعي.

رابعاً ـ على أن الإكراه على البيع بحق جائز، بل هو مبدأ مستقر في التشريع الإسلامي، وأوردوا لذلك نظائر وجزئيات، وفي بعضها جاز الإكراه لمصلحة

---

(١) فرق بينهما، إذ الأولى قد نص عليها الشارع، والثانية قد صاغها الفقهاء بعباراتهم استقراءً من الجزئيات التي تتعلق بموضوعها.

فردية، فجوازه للمصلحة العامة من باب أولى، كما يقول ابن القيم، وأتوا بأصول من السنة، وهو قضاء الرسول ﷺ في قضية سَمُرَة بن جندب[1]، والشفعة، وغيرهما من الفروع، تشهد لهم.

خامساً ـ لا يجوز التعسف في استعمال «حق التراضي».

ونتج عن ذلك أمران:

١ ـ أن عدم التسعير الجبري في ظروف الاستغلال، سبيل إلى أكل أموال الناس بالباطل ـ أي الاستغلال ـ وهو محرم بالنص، فثبت نقيضه، وهو وجوب التسعير، لأنه تعين وسيلة لمنع الاستغلال.

٢ ـ أن مخالفة التسعير محرمة، للعلة نفسها، ومعصية تستوجب العقوبة التعزيرية المناسبة.

سادساً ـ ووجهوا استدلالهم على الوجوب من طريق القواعد التشريعية لا الفقهية فحسب، من مثل القاعدة التشريعية العامة المؤصَّلة في الدين، والتي تشهد لها في الشرع كليات وجزئيات: «**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**» أرساها الحديث النبوي الشريف[2]، لتكون حاكمة على العمومات والإطلاقات في الكتاب والسنة، ومخصّصة لها أو مقيدة، بغير مواقع الضرر، والحرج.

فهي قوام الحقوق والإباحات تقييداً.

١٤ ـ التسعير الجبري قد وضعت له الشريعة ضماناً لعدالته، وهو أن يكون أساسه مشورة أهل الخبرة، أو من لهم بَصَرٌ بالشؤون التجارية والصناعية والاقتصادية بوجه عام، حسب الأحوال، وبتموُّجات الأسعار وأسبابها، من أهل السوق ومن غيرهم، استظهاراً على صدق الأولين، ونفياً لتهمة المحاباة[3]، وتحقيقاً للتراضي بين الطرفين

---

(١) أخرجه أبو داود: ٣٦٣٦.

(٢) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر بهذا اللفظ، وهو عند ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام».

(٣) محاباة أي من الفريقين: التجار أو العامة.

ما أمكن، ولكيلا يستبد ولي الأمر بالحكم في شيء يجهله، فيعود حكمه حينئذ على أساس التسعير ـ وهو العدل ـ بالنقيض أو بالظُّلم والتحكم، مما يؤدي إلى رواج «السوق السوداء» التي تهدم اقتصاد البلاد مآلاً، وهذا من المحاذير التي دفعت بعض الفقهاء إلى تحريم التسعير بإطلاق، كابن قدامة في «مغنيه»، والماوردي في «حاويه»[1].

فليس العدل إذن في السعر الذي يستقر عليه قانون العرض والطلب في الظروف الاستثنائية، وحالات الاحتكار والتحكم، إذ لا يمكن تحقيق مبدأ «إعطاء كل ذي حق حقه» في مثل هذه الحال، لاختلاف طرفي العقد قوةً وضعفاً، لذا وجب تحديد السعر العادل جبراً، حمايةً للطرف الضعيف من الاستغلال.

١٥ ـ وإذا توقف تحقيق العدل في التشريع على عنصر «الخبرة العلمية المتخصصة» إلى جانب الاجتهاد الفقهي، أدركنا مدى صلة الشريعة بالتقدم العلمي في تقدير المصلحة موضوعياً، وأن العلم والخبرة من مقومات العدل في التشريع الإسلامي، وهي صلة لا تنفصم.

١٦ ـ وكذلك الشأن في السياسة والحكم والاقتصاد والقضاء[2] وغير ذلك من الشؤون.

١٧ ـ الأصل في التسعير هو الحرمة بالإجماع، غير أن التسعير يصبح واجباً عند وجود ما يقتضيه، وهو تعارضاً لمصلحة الخاصة والمصلحة العامة، بشرط أن يتعيَّن وسيلة لدفع الضرر العام.

---

(١) يقول ابن قدامة: «التسعير سبب الغلاء، لأن الجالبين إذا بلغهم ذلك، لم يقدموا بسلعهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها، ويكتمها، ويطلبها أهل الحاجة فلا يجدونها إلا قليلاً، فيرفعون في ثمنها ليصلوا إليها فتغلو الأسعار...». ويقول الماوردي بما لا يختلف عن المعاني التي قررها ابن قدامة، فهو يقرر أن القول بأن في التسعير مصلحة، غلط، بل فيه فساد، وغلاء الأسعار. «الحاوي»: (٦/ ١٦٢).

(٢) عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: ٣٨]، وقوله تعالى: ﴿فَسْـَٔلُوٓا۟ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣].

وهذا منطق تشريعي سديد، لأن الوسيلة لم تُشرَّع لذاتها بل لغايتها، فإذا فاتت المصلحة التي شرعت من أجلها، لم يبق لمشروعية الوسيلة وجه، فتبطل الوسيلة بفوات مقصدها الذي من أجله شرعت، سواء أفضت إلى نقيض مقصودها أم لم تفض إليه أصلاً، بأن كان التسبب فيها عبثاً، والعبث لا يُشرع، بناء على القول بأن أحكام الشريعة معلّلة بمصالح العباد، أما إذا أفضت إلى نقيض مقصودها، كانت محرمة قطعاً، سداً للذريعة[١].

١٨ ـ نظر الفقه المالكي ـ ومن معه ـ في مسألة التسعير نظرة كلية إلى الشريعة، فلم يقتصر على المبدأ العام في حق الملكية، وهو حرية التصرف، وعدم جواز التدخل أو التقييد، صيانةً لهذا الحق كما قضت بذلك العمومات على النحو الذي رأيناه في اجتهاد غيرهم، بل نظر ـ مع ذلك ـ إلى الأصول الأخرى التي تقيد حق المالك في التصرف بما يمنع الضرر عن جماعة المسلمين، وهي قطعية في الدين، وهذه نظرة عامة شاملة توفق بين الجزئي والكلي عند التعارض بما يمنع الضرر عن أيٍّ من الفريقين على أساس من الحق والعدل في مواقع الوجود، والتطبيق العملي.

١٨٩ ـ وقالوا: ليس في التسعير ضرر حقيقي بالتجار أو المالكين، لأنه يُقدَّر لهم ربح معقول، لا وكس فيه ولا شطط.

٢٠ ـ وأجاب المالكية ومُتأخرو الحنابلة على من تمسك بظهور من نصوص السنة في تحريم التسعير، وهي الظواهر التي تمسك بها من حرّم التسعير بإطلاق، بأنها واردة في قضية معينة فلا تعمّ، إذ لم يكن الغلاء بفعل التجار يومئذ.

ومن المحتمل أيضاً، أن الغلاء على عهده ﷺ كان نتيجة ـ كما يقول ابن تيمية وابن القيم ـ لقلة المعروض، وكثرة المطالبين، لذا أسند الرسول ﷺ الغلاء والرخص إلى الله تعالى، لا إلى التجار، حيث يقول: **«إن الله هو المسعِّر القابض الباسط الرازق... الحديث»**[٢].

---

(١) «المستصفى» للغزالي: (١/ ٦١)، و«الفروق» للقرافي: (٣/ ١٧١).

(٢) أخرجه أبو داود: ٣٤٥١، والترمذي: ١٣١٤، وأحمد: ١٤٠٥٧، من حديث أنس، وإسناده صحيح.

ومن المحتمل كذلك، أن يكون الغلاء بسبب ارتفاع نفقات وتكاليف النقل، أو الآفات الزراعية، أو الجوائح السماوية القهرية، إلى غير ذلك من الاحتمالات.

فالظروف التي اجتهد الأئمة في إيجاب التسعير في ضوئها، لم تكن قائمة في عصر النبوة.

وهذا هو النوع الأول من السعر الذي أشرنا إليه، وهو ليس من محل النزاع.

٢١ ـ وأيضاً ليس في حديث التسعير «لفظ عام» يفيد شمول حكم التحريم لجميع الحالات، فلا وجه لتعميم النهي، مما يفيد أن التسعير ليس محرماً لذاته.

٢٢ ـ وأيضاً، إذا كان تحريم التسعير لدفع الظلم عن التجار حالة الغلاء دون تسبب منهم فيه، فليكن وجوب التسعير لدفع ظلم التجار أنفسهم عن المستهلكين، لأن الظلم في ذاته، حرام شرعاً وعقلاً، فيجب دفعه أياً كان منشؤه، إذ العدل لا يتجزأ.

فإذا تعيّن التسعير أو تمحَّض وسيلةً لدفع الظلم عن الناس، لظروف استثنائية، فُرِضَ، حتى إذا أصبح وسيلةً لإيقاع الظلم على التجار دون مسوِّغ مُنع، استجابةً لمقتضى العدل في الحالين.

وعلى هذا، فتحريم التسعير ووجوب التسعير حسب الأحوال، كلاهما قد اتحد مقصدُهما، ولا تناقض في ذلك، لاختلاف الجهة، أو انفكاكها، واختلاف الظروف.

فاختلف حكم الوسيلة، ولكن المقصد متّحدٌ، لما ذكرنا.

وأما شروط التسعير في اجتهادات الفقهاء، فكما يلي:

٢٣ ـ لم يشترط المالكية ومن معهم «التعدي الفاحش» في القيمة، بل اكتفوا بالامتناع عن البيع، والتغالي في السعر على نحو غير مألوف، وظهور الاحتياج العام، وعدالة الإمام، واستشارة أهل الخبرة عن طريق تأليف لجنة على نحو معيّن، وأن يتعيَّن التسعير وسيلةً لدفع الظلم العام، وعلى أساس التراضي بين الفريقين، بما لا يُجحف بحق أيٍّ منهما.

٢٤ ـ أما الحنفية، فقد اشترطوا أن يتعدّى أرباب المال والمالكون في القيمة تعدياً فاحشاً، أي يبلغوا بسعر الشيء ضعف قيمته، والناس في حاجة ماسة إليه، واستشارة

أهل الخبرة، ولكن التسعير ـ في اجتهادهم ـ غيرُ ملزم، وأيضاً، لم يعيّنوا طريقة تأليف لجنة التسعيرة، وأما اشتراط عدالة الإمام، فأمر بدهي.

هذا، وقد قَصَروا التسعير على «القوت» خلافاً لجمهور المالكية ومُتأخري الحنابلة.

٢٥ ـ مبدأ العدل في التسعير ثابت، وإنما الخلاف في النظام أو الإجراء الذي يتحقق به هذا المبدأ في التطبيق.

أ ـ فالسعر العادل، هو السعر التلقائي العام الذي هو نتيجة ما يسمى بقانون العرض والطلب عند الحنفية وغيرهم، لا في السعر المحدَّد المفروض من قِبَل الإمام.

حتى إذا نشأت معوِّقات مفتعلة تُعكِّر صفْوَ سيْرِ السعر التلقائي الحر هذا، وجب إزالتُها، بإجراءات ومؤيدات، من مثل جبر المحتكرين على إخراج السلع وإجبارهم على بيعها بالسعر المعتاد، أو بيع السلع جبراً عليهم، والتسعير غير واجب على ولي الأمر، ولا ملزم للتجار، وهذا أشبه بما يطلق عليه مبدأ الاقتصاد الحر.

ب ـ ويرى آخرون أن السعر العادل يجب أن يُحدَّد واقعياً، بأمر الدولة على الوجه الشرعي، بناء على تكاليف السلعة ونفقاتها، والجهود التي بذلت في سبيل ذلك، ثم تعيين نسبة معينة من الربح المعقول، بحيث لا يكون لاضطرار المشتري أيَّ دَخْلٍ في هذا التحديد، ولا يُترك تحقيق «العدل» لمشيئة التجار أو المالكين، والتسعير الجبري واجب على ولي الأمر أن ينهض به، ويفرضه على المالكين، ويعاقب مخالفيه بما يراه مناسباً من العقوبة.

فالمبدأ ثابت ـ كما ترى ـ ولكن الاختلاف ناشئ عن الاجتهاد في تخيُّر النظام أو الإجراء الذي يراه الإمام محققاً لتطبيق ذلك المبدأ في الفروع والجزئيات، على الوجه الذي يفضي إلى العدل والمصلحة فيها واقعاً وعملاً.

وأما السعر العدل في الأجور على الأعمال، فإن المبدأ العام يقضي بأنَّ التفاوت في

الكفاءات يستلزم التفاوت في العطاء[١]، وأن الجزاء على قدر الجهد الذاتي. لذا، فإن مجرّد «الأقدمية» ليس مظنةً للحق في زيادة الأجر، حتى يقوم الدليل على ذلك من الجهد المبذول، إتقاناً وتجويداً[٢]، لقوله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم: ٣٩].

٢٦ ـ على أن الدولة العُمرية كانت تعالج ظاهرة الغلاء بالتزامها تأمين تموين الناس بما يَسُدُّ حاجتهم من المواد الغذائية الضرورية دون عوض، فضلاً عن فرض أموال نقدية لمن لا يكفيه دخْلُه المحدود، فلم يكن ثمة ما يدعو إلى التسعير.

وهذه السياسة التي تنمُّ على رخاء في الموارد المالية للدولة، تفوق ما تقوم به الدول المعاصرة من سياسة «تدعيم» المواد الغذائية الضرورية، رعايةً للطبقة الفقيرة، إذ تؤمِّن لهم الحد الأدنى من هذه المواد شهرياً بسعر لا يكاد يبلغ نصف قيمتها الحقيقية، وبذلك تتحمل الدولة الحاضرة، ما يربو على خمسين في المائة أو يزيد من تلك القيمة، بينما كانت الدولة العمرية تتحمل العبء كاملاً.

٢٧ ـ أما مؤيدات التسعير، فثمة عقوبات تعزيرية أساسها الشرعي صفة منشأ مخالفة التسعير الجبري، من كونها «معصية» ومن المنكرات شرعاً.

أ ـ فالحنفية، لم يروا جواز مخالفة الإمام إنْ سعَّر، وعلى ذلك يعاقب المخالف لأنه استخف بأوامره، لا لأن التسعير مُلزِم.

ب ـ وأما جمهور المالكية، ومتأخرو الحنابلة وغيرهم، فيرون معاقبته لمخالفة التسعير ذاته، زيادة بما يراه الإمام زاجراً له، لكونها معصية.

أما إنْ نقص عن السعر، وأضرَّ بالسوق والجالبين، فالمالكية يرون مؤيد الإخراج من السوق، واستدلوا بحديث حاطب بن أبي بلتعة.

ج ـ غير أن بعضهم أوَّله على معنى أن منع حاطب إنما كان للزيادة لا للنقص.

د ـ هذا، ومؤيد الإخراج من السوق إذا غلب على الظن تحقُّق «مناط» التذرع بالإنقاص إلى الضرر العام، يتفق وسياسة عمر الاقتصادية.

---

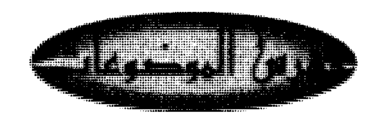
(١) راجع بحث مبدأ العدل المطلق، في مؤلفنا «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص١٠٣ للمؤلف.

(٢) راجع بحث مباني العدل وموجهاته في التشريع الإسلامي. «أصول التشريع» ص٢٦٨ للمؤلف.

٢٨ ـ أما منافسة الدولة للتجار، لمنع التغالي في الأسعار، عن طريق إنشاء مؤسسات، فمشروعة، على ما رأينا من اجتهاد بعض المالكية، ما لم يضر بالتجار، أو المصلحة العامة، وتعتبر هذه المنافسة بديلاً عن التسعير الجبري، إذا اندفع بها الضرر العام، عملاً بمبدأ السعر التلقائي الحر، ولأن التسعير لا يُلجأ إليه إلّا عند الضرورة، وذلك في حال تعينه وسيلة لمقاومة الاحتكار أو الغلاء المفتعل، وتعذر أي إجراء آخر لذلك.

٢٩ ـ ترجَّح لدينا اتجاه الفقهاء القائلين بالتسعير الجبري، بما ثبت لديك من أن «حق الملك» في التشريع الإسلامي، ليس سلطة مطلقة، بل هو مقيد ـ كغيره من الحقوق ـ بأصل معنوي عام ثابت بالاستقراء قطعاً، ولا خيرة فيه للعبد، كما يقول الإمام الشاطبي، مُؤدّاه أن: «حق الغير محافظ عليه شرعاً» إبان التصرف في الحق كسباً وانتفاعاً، سواء كان ذلك الغير فرداً أم جماعة، وأن على المالك أن يراعيه ويلتزمه، ويعمل بمقتضاه إبّان تصرفاته في كل ما منح من حق، وهذا مما يحدُّ من سلطان الإرادة بلا ريب، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن على ولي الأمر ـ مستعيناً بالمجتهدين وأهل الخبرة ـ أن يشرع من الأحكام الاجتهادية الملزمة، ما يحقق مقتضى ذلك الأصل عملاً، ولاسيما في كل ما لم يَرِدْ فيه نص، إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة تحقيقاً للتوازن والعدل، لأن التشريع الإسلامي لم يترك الأمر للتعاقد الحرّ في مثل هذه الظروف والأزمات الاقتصادية، لأن مبدأ حرية التعاقد ـ في ظلها ـ عاجز عن تحقيق مقتضى العدل من «إعطاء كل ذي حق حقه» لاختلاف طرفي العقد قوة وضعفاً من الناحية الاقتصادية، فيجب فرض التسعير العادل إذا تعيَّن، درءاً لاستغلال القويِّ الطرفَ الضعيف، وحمايةً للمصلحة العامة.





الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع	الصفحة

